

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: UMA ANÁLISE DE MÉRITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES

Victor Veloso Barbosa¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

Trata-se neste artigo a noção de ato administrativo em seus elementos, modalidades, princípios e controle, em viés dialético do assunto a partir do estudo da Constituição, doutrina e jurisprudência sobre o tema. Discute-se o possível exame do mérito do ato discricionário pelo Poder Judiciário, até então destinado ao administrador público, este que utiliza de critérios de oportunidade e conveniência na análise dos requisitos motivo e objeto. Conclui-se que a intervenção do juiz ocorrerá quando os princípios constitucionais referentes forem feridos com ações que excedam o limite à discricção.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Poder Judiciário. Mérito do Ato. Princípios Constitucionais.

JURISDICTIONAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS DISCRETIONARY: AN ANALYSIS OF MERIT IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES REGARDING

ABSTRACT

Deals with the notion of administrative act in its requisite, modalities, principles and control, in dialectical context of the affair from the study of the constitution, doctrine and jurisprudence on the subject. It's discussed the possible exam of the merits of discretionary act by the judiciary until then destined to the public agent who uses criteria of opportunity and convenience in analysis of requirements in motive and object. Concludes that the judge will intervene when the constitutional principles comes out disobeyed by actions that exceed the limit of discretion.

Keywords: Administrative act. Judicial power. Merit Act. Constitutional principles.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

² Mestre em Direito pela UFRN, Docente do Curso de Direito na UNI-RN e Coordenador da Pós-Graduação em Direito do UNI-RN

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico de conclusão de curso trará à exposição um tema pertinente acerca do que rege o Direito na constância atual do ordenamento jurídico, uma mescla interessante entre as matérias do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, utilizadas para buscar o objeto do trabalho.

Desse modo, será traçado nessas linhas o Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários em seu mérito, até então rechaçado pela maioria da doutrina, em especial, a brasileira, que não compreende outro modo de controle permitido ao Poder Judiciário, senão o de legalidade.

A partir disso, o primeiro capítulo dispõe sobre o conceito de ato administrativo em meio às diversas explanações do que o caracteriza, traçando, inicialmente, o entendimento básico de uma manifestação unilateral da Administração Pública capaz de envolver direitos, das mais diversas formas.

Analisa-se, outrossim, os elementos do ato, um critério importante antes de sua realização, garantindo-lhe a devida validade. Para tanto, a competência, forma, finalidade, motivo e objeto são expostos sob uma ótica doutrinária coerente com as ações dos que fazem às vezes do Estado, o agente público competente.

Nesta sequência, avoca-se para este artigo científico necessário a conclusão acadêmica, um devido esclarecimento das modalidades do ato administrativo, fazendo-se apresentar o que se pontua como o que é vinculado e o que é discricionário para consecução da busca incessante da finalidade pública, do bem coletivo.

Tendo em vista essa diferenciação, se pauta, também, a forma de controle dessas modalidades de ato, informando-se de quem é a competência para o exercício do controle e as possíveis restrições a algum deles, em especial, ao ato discricionário, que é o que cuida à análise mais pormenorizada dos capítulos seguintes.

O segundo capítulo inclina-se a pontuar os aspectos do ato administrativo discricionário, fazendo-se apontamentos necessários no que cerne a discricionariedade e o mérito deste; trazendo a pertinência do que uma vinculação e uma discricionariedade causam na postura do administrador.

Então, exprime-se a noção de liberdade administrativa dentro dos limites da lei, possuindo duas vertentes. Quando vinculado o ato, esse modo de praticá-lo se esvai, pois a lei de tudo cuida, em tese. Quando discricionário, baseia-se em critérios destinados a buscarem o mais conveniente à coletividade.

O terceiro capítulo vem fundamentar os atos administrativos, solidificando a sua existência e eficácia, até mesmo o momento anterior a sua prática, a partir dos princípios que regem o Direito Administrativo sejam constitucionais ou infraconstitucionais, com um viés para os atos administrativos.

Nesta vereda, serão examinados os Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais que servirão de base para orientar qualquer prática por parte do agente administrativo. O respeito à questão principiológica é corolário de uma conduta baseada na honestidade e probidade feita pelo Poder Público.

Por isso, trabalham-se os princípios da Supremacia do Interesse Público, Indisponibilidade, legalidade, moralidade administrativa, finalidade pública, razoabilidade e proporcionalidade como instrumentos reais de consecução dos fins públicos e que reiteram o inescusável cuidado que há de se ter quando da execução de atos de tal monta.

O quarto e último capítulo em comento traz o ápice desse trabalho de curso, o Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. A partir de tudo o que se desenvolveu nos capítulos anteriores ao derradeiro, se pode, com mais embasamento, analisar-se a possibilidade do Controle exercido pelo Poder Judiciário ante essa modalidade de ato.

Para tanto, se verifica a utilização de duas teorias para alicerçar a possibilidade de um controle pelo Judiciário, quais sejam: a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Essas teorias irão, juntamente com a doutrina, jurisprudências e à luz dos princípios atinentes ao ato administrativo, aclarar uma opção de controle com vistas a permanente promoção do interesse público.

Desta maneira, a obtenção de um fim distinto do que é o entendido como finalidade pública pela Administração e a existência de uma vinculação garantida através da motivação dos atos administrativos pela atividade discricionária, são pontos salutares para que se possa desenvolver uma linha de necessidade de atuação para correção desses graves erros.

A partir disso, é que se vislumbra, diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário à apreciação dos direitos pretendidos e com o entendimento de alguns doutrinadores que facilitam a compreensão, a noção de uma atuação do juiz, para que não veja o direito coletivo sendo lesado ou mitigado pela possível máscara de interesse público.

Corroborando-se o que se afirmou acima, será feita uma análise do controle do mérito da atividade discricionária, terreno, por muitas posições doutrinárias, espinhoso e arredo, a expensas de diversas e acaloradas discussões jurídicas, mas que se pugna a não permitir, com clarividente propósito, o ferimento da lei, porque, de um modo ou de outro, não se coaduna a má utilização da discricionariedade sem que se golpeie o texto legal.

Esses elementos são colocados em questão, no último ponto do trabalho, uma vez que se a Administração Pública praticou um ato com discricionariedade permitida pela lei e não se destinou a reavaliá-lo, estando o ato maculado por quaisquer que sejam as formas dessa ocorrência, quem deveria garantir à coletividade o seu interesse?

Assim, estando expostos tais conceitos acerca dessas teorias, são utilizadas as decisões dos Tribunais da Suprema Corte a fim de não deixar a ideia de uma intervenção no mérito apenas no âmbito doutrinário ou ainda acadêmico, mas sim, utilizando o entendimento jurídico dos magistrados para que se busque e se corrija tais males arraigados no Poder Público.

2. ATO ADMINISTRATIVO E O CONTROLE DESTES PELO PODER JUDICIÁRIO

No estudo do Direito Administrativo, a matéria dos atos administrativos tem importante contribuição, pois é a partir da leitura e aprofundamento desse conteúdo que se pode entender como a Administração Pública exerce a sua função administrativa e de que forma o interesse da coletividade é atendido.

Logo, este presente capítulo passa a tratar do ato administrativo, delimitando seus conceitos, elementos ou requisitos, modalidades e, por fim, o controle destes atos pelo Poder Judiciário, apontando suas possibilidades de controle e restrições impostas ao seu poder de julgamento.

Dentre os diversos conceitos explanados por parte da doutrina, entende-se que o ato administrativo resulta da manifestação unilateral da vontade da Administração Pública com a finalidade de adquirir, modificar, resguardar, transferir ou extinguir direitos; estando estes amparados pela finalidade pública do ato³.

Definem-se os atos, ainda, como aqueles que são praticados no exercício concreto da função administrativa, sendo passivos de edição, precipuamente, pela própria administração, através de seus órgãos administrativos e como também, pelos órgãos do legislativo e do judiciário, estes com atuação interna nos seus órgãos⁴.

Para que haja a formação do ato, faz-se necessário o cumprimento de elementos, também chamados de requisitos, que irão avaliar o necessário percurso que o ato irá tomar antes de ser praticado, para que se repute existente e válido no âmbito jurídico, produzindo seus devidos efeitos.

No tocante aos tipos de requisitos a serem avaliados para que o ato administrativo exista, diverge a doutrina, no sentido de quais destes devem ser úteis para sua formação. No entanto, para efeitos deste artigo, entende-se que os elementos que compõem esta espécie de ato são a competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A competência administrativa, como primeiro requisito, é a legitimidade dada ao sujeito que irá praticar o ato administrativo. Por isso, o agente do Estado executa o ato, amparado pelo elemento do direito privado, a capacidade, ou seja, é atribuída de forma idônea a titularidade de relações jurídicas àquele agente⁵.

Com isso, não basta que o ato seja praticado por um agente público, deve ser praticado por um agente, cuja lei tenha lhe dado competência para a prática de tal ato, sendo assim, válido e regular. Explicita-se, portanto, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a improrrogabilidade da competência dos agentes⁶.

Antes de se realizar um ato deve-se atentar para o fim a que ele se destina. A finalidade pública é a essência do ato administrativo. Sem esse elemento ou se este é alterado,

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 165

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 202

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008, p. 100-101

⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2007, p. 62-63

o ato não pode ser realizado, ou se já o foi, deverá ser anulado, pois se não for atingido o interesse coletivo haverá a caracterização do desvio de poder⁷.

Para que o ato se exteriorize, indicando a sua existência, cumpre-se essencial que este tenha uma forma, que, em regra, deve ser escrita. No entanto, pode não haver nenhuma prescrição legal sobre a forma do ato, o que exclui a obrigatoriedade. O que jamais se pode suscitar é um ato sem forma⁸.

Outro elemento a ser observado é o motivo. Este serve de fundamento ao ato administrativo. Assim, o motivo é o pressuposto de fato e de direito, sendo que o último embasa-se na letra da lei e o primeiro, no conjunto de situações, acontecimentos e circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato⁹.

Cumpra aqui esclarecer que a motivação não se confunde com o motivo, pois o primeiro caracteriza-se pela exteriorização formal do último. Ocorre que a motivação dá-se como uma justificativa do motivo. Em outras palavras, seria a motivação, a demonstração das razões que levaram à prática do ato¹⁰.

O último elemento a ser tratado é o objeto. Quando há a atividade do agente público através dos seus atos, existe a produção imediata do seu efeito jurídico, ou seja, como consequência do ato, origina-se, extingue-se e transforma-se um determinado direito. Nestes termos, o objeto deve ser lícito, possível e certo¹¹.

Quanto aos elementos abordados, faz-se mister afirmar que o entendimento majoritário da doutrina diz que a competência, finalidade e a forma são vinculados à lei e que o objeto e o motivo são discricionários, já que a lei oportuniza uma margem de escolha ao agente executor do ato.

Por isso, os três primeiros elementos citados acima irão se submeter ao que a lei explicitar em seus artigos, não existindo mudanças das proposições legais. Os últimos requisitos são avaliados com base no poder discricionário quando o ato for discricionário, pois a lei dá ao agente público a possibilidade de executar o ato com base em critérios de oportunidade e conveniência.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 168

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 398

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 219

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 405

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 215-216

O ato administrativo caracteriza-se como vinculado quando a lei estabelece requisitos e condições para a sua realização. Nesta modalidade de ato, a lei, por imposição, exclui a liberdade do administrador, restando este ligado aos pressupostos estabelecidos pelo texto legal¹².

Assim, há a restrição das liberdades do agente público no sentido de não descumprir o que a lei preceitua nas suas indicações para que se execute o ato. Não existe aqui uma apreciação subjetiva por parte da Administração, pois a lei já regulou o comportamento a ser adotado para a prática da atividade administrativa.

O ato administrativo discricionário é aquele que a Administração Pública, baseada nos critérios de oportunidade e conveniência, possui liberdade de atuação dentro dos limites estipulados pela lei, avaliando e decidindo da forma que melhor convir ao interesse da coletividade¹³.

Portanto, a lei oferece ao administrador a possibilidade de escolha do melhor meio para a produção daquele ato no mundo jurídico e, conseqüentemente, seus efeitos, que, por si só, devem atingir a finalidade pública. Por isso, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, sendo a última, o desejo pessoal do agente.

Cumpra esclarecer que haverá a conveniência no momento em que o ato interessar, satisfizer ou convir da melhor forma ao interesse público pretendido. Em relação a oportunidade, esta se dará quando existir um momento propício e que seja mais adequado à satisfação do interesse coletivo.¹⁴

O Poder Judiciário tem a legitimidade para julgar determinados atos executados pela Administração Pública. Atos políticos, Atos Legislativos, Atos *Interna Corporis* e Atos Administrativos são passíveis desse controle. Quanto aos últimos, a Justiça divide a prerrogativa de analisá-los com a própria Administração.

Nesse contexto, faz-se notório a possibilidade de uma análise dos atos administrativos executados pelo Poder Público sob duas óticas. Desse modo, há que se mencionar o controle dos atos com caráter vinculativo e o controle dos atos de discricionariedade permitidos pela letra da lei.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 183

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 434

¹⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2007, p. 98

O controle dos atos vinculados caracteriza-se por permitir à Administração Pública e ao Poder Judiciário controlar a legalidade e a legitimidade do ato, analisando-se a conformidade deste com a norma que o rege. Por isso, o próprio texto legal impõe a observância a este para execução daquela finalidade pública¹⁵.

Contudo, quanto aos atos discricionários, apenas a administração poderá apreciá-los em sua totalidade de elementos, uma vez que é defeso ao Judiciário adentrar na análise dos critérios de conveniência e oportunidade que caracterizam o mérito administrativo, sendo privativa a prerrogativa do administrador público¹⁶.

No entanto, o presente trabalho irá trazer à baila: jurisprudências e parte da doutrina que dedica o estudo à possibilidade de apreciação do ato administrativo discricionário por parte do Judiciário. O que parece ser incongruente pode ser, na verdade, um mecanismo sólido para frear a maquiagem dos critérios do mérito.

3. ASPECTOS DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

Tão logo conceituado a noção de ato administrativo discricionário em ponto anterior do presente trabalho, verifica-se a necessidade de adentrar-se com mais profundidade acerca do que rege e permeia mencionado ato, caracterizando e analisando seus aspectos, solidificado no que se refere à doutrina brasileira.

Posto isto, analisa-se nessas linhas os aspectos: discricionariedade e mérito, como temática salutar para compreender-se a atuação do administrador do ato e com que critérios este assume uma posição subjetiva, desde que amparada pelo manto legal, para decidir a respeito daquele feito.

Para que o Estado alcance o fim a que se destina, a própria Administração delibera sobre certos privilégios aos agentes administrativos. Nesse sentido, alguns poderes são concedidos a estes, dentre eles, o poder discricionário, meio para a consecução dos objetivos traçados com fins ao benefício do interesse público.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 801

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008, p. 967

Deste modo, o ato administrativo discricionário é executado de acordo com o poder discricionário dado ao administrador pela lei. Alguns autores entendem que, em verdade, esse ‘poder’ é, antes de tudo, um instrumento real do dever para alcançar-se a finalidade legal. Há, então, um dever discricionário do agente público¹⁷.

Esse dever-poder se determina pela obrigação que o Estado possui, através da Administração Pública, de propiciar, desde logo, a eficiência do ato praticado, uma vez que cumpre atingir, independentemente da modalidade do ato, a finalidade pública a que se destina.

O poder discricionário evidencia-se como uma prerrogativa facultada pela lei aos agentes administrativos de optarem por condutas, dentre as mais diversas possíveis, a que transparecer, para o interesse público, a maior conveniência e oportunidade possível para a tomada de determinado feito¹⁸.

A Administração Pública precisa executar atos administrativos para que estes deem sequência e organização à sociedade, visto que o Estado como responsável pelo bem coletivo, precisa praticar determinadas atividades necessárias à consecução de fins comuns, sejam elas exercidas com discricionariedade ou vinculação em seus atos.

Nesse caso, os atos vinculados configuram a total estipulação da lei quanto aos elementos do ato, especialmente, em relação ao motivo e objeto deste¹⁹, sendo estes, bem determinados e concretos, cabendo ao administrador apenas executá-los, pois a lei sabe que para aquela situação fática existe uma solução única.

Vê-se que não há uma margem de liberdade deixada pela lei e, que, por isso, não cabe subjetividade nem, muito menos, análise sobre a execução do ato. No entanto, a lei nem sempre irá conseguir adentrar em todos os meandros fáticos existentes e possíveis e, assim, não terá uma resposta para concretizar tal situação.

Em vista do exposto, a ordem legal irá permitir que o agente administrativo, dentro de uma margem de liberdade possível, todas válidas pelo direito, decida sobre o caso concreto.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012, p. 15

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008, p. 47

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 187

Essa prestação do feito só poderá ser realizada se baseada nos critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade²⁰.

Nessa situação, só haverá cabimento para que se possa empregar, com legitimidade, o juízo de oportunidade e conveniência pela Administração Pública quando, plenamente, houver uma admissão por parte da norma jurídica que lhe confira tal poder, não sendo possível se não existir esse permissivo legal²¹.

Vale dizer que a discricionariedade decorre do próprio texto legal. À vista disso, certos doutrinadores entendem que as “causas” normativas geradoras da discricionariedade são compostas pela decorrência da hipótese da norma, do comando da norma e a finalidade da norma²².

Dito isso, haverá discricção quando a lei for omissa, por não ser possível prever todas as situações supervenientes à sua promulgação; quando preterir a competência, mas não estabelecer a conduta a ser adotada; ou ainda quando a lei conferir à Administração a tomada de decisão possibilitada ao seu agente²³.

A discricionariedade administrativa é desempenhada com base nos critérios de oportunidade e conveniência, ponderando, o agente público, os aspectos relativos a estes. Destarte, estes parâmetros que suscitam uma ponderação irão constituir o mérito administrativo do ato.

Por consequência, o mérito administrativo será a avaliação dos critérios mencionados acima em relação ao motivo e ao objeto daquele ato. Esses dois últimos elementos inspiram a prática do ato administrativo discricionário²⁴. Resta claro a atuação do administrador com mais liberdade, porém, nos limites legais.

Como já devidamente explicitado neste artigo, o ato vinculado tem seus elementos totalmente expressos pela lei, ou melhor, a norma tipifica como será o procedimento de cada elemento daquele ato. Cabe ao agente competente apenas seguir fielmente o texto legal e não utilizar nenhum tipo de juízo discricionário.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 221

²¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000, p. 92.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012, p. 18 -19

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 222

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008, p. 119.

Todavia, os agentes públicos recebem uma prerrogativa quanto à execução do ato discricionário, qual seja a possibilidade de valorarem sobre o pressuposto do ato ou o motivo dele, assim como, quanto ao objeto do feito ou efeito jurídico produzido por este, concluindo-se, de tal forma, o pretendido pelo Poder Público.

Por isso, a competência, a finalidade e a forma, ainda que dentro de um ato caracterizado pela atividade discricionária, são vinculados. Deste modo, não há nenhuma maneira de se dispor com apreciações subjetivas por quem executa a atuação administrativa sobre estes, restando, somente, motivo e objeto²⁵.

Com o devido embasamento apresentado, nota-se que a análise do mérito do ato administrativo discricionário só se faz possível quando o agente público faz às vezes do Estado e decide com o poder de discricção concedido pela lei. Ao Poder Judiciário não se permite aprofundar-se em assunto de competência administrativa.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, com base nos princípios constitucionais e com o entendimento de parte da doutrina pátria, a ideia de não atuação foi minorada, pois se debruçou sobre o estudo do limite da discricção quanto ao seu não cumprimento e a necessidade de uma intervenção²⁶.

Entre outros pontos, os capítulos restantes tratarão a respeito das teorias utilizadas para embasar a interferência do Judiciário ante a apreciação do mérito, mantendo-se a permanência da competência discricionária do agente público, isto é, haverá intervenção dos magistrados quando extrapolado for, o permitido pela lei.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS REFERENTES AO ATO ADMINISTRATIVO

Para que o direito administrativo exista com autonomia é de se observar a utilização de princípios Constitucionais e próprios dessa matéria, que possuam uma relação de coerência e

²⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. TJ-RN – Acórdão na Apelação Cível nº 1.422, RDA 14/52.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 226

unidade, compondo um sistema ou regime jurídico peculiar, dentro do ordenamento jurídico pátrio²⁷.

Assim, esse terceiro capítulo do presente artigo passa a tratar, tão somente, dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o ato administrativo, tenha este natureza vinculada ou discricionária, como pressuposto importante e ideal para se realizar a atividade administrativa necessária.

Inicia-se, nesta conjuntura, com o princípio da Supremacia do Interesse Público, este que garante a Administração Pública uma superioridade ante aos particulares a partir de privilégios jurídicos. Por essa prevalência, ainda determina-se prerrogativas e obrigações, as quais não são prolongadas aos particulares²⁸.

Este princípio encontra-se, ainda, incontestado, no processo de composição da norma, bem como no tempo de sua execução feita pela Administração em concreto. Logo, a primazia do interesse do povo além de inspirar o legislador com a edição das leis de direito público, também vincula a Administração Pública ao aplicá-las²⁹.

Tal princípio mencionado acima se traduz importante para aclarar a certeza da busca incessante pelo interesse público e não de uma igualdade de interesses entre o Estado e os particulares, pois para que se possa realizar com firmeza o interesse da coletividade é necessário a imperatividade estatal.

Para tanto, o princípio da indisponibilidade freia qualquer tipo de pertença que possa existir da Administração e do agente público para com os bens, direitos, interesses e serviços públicos destinados aos órgãos públicos, não podendo dispor destes. Ao agente público reserva-se a obrigação de gestão da coisa pública³⁰.

A legalidade como princípio, caracteriza-se pela obediência do administrador público a todas as exigências do bem comum e aos mandamentos da lei, não havendo viabilidade para desvios ou afastamentos desta. Por isso, não há liberdade pessoal na atuação administrativa, só se desempenha aquilo que a lei autoriza³¹.

²⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000, p. 48

²⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, Editora Jus Podivm. 2012, p. 37

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 65 a 67

³⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2007, p. 18

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 90-91

Nesse sentido, a lei oportuniza a atuação determinada àquele a quem lhe faz às vezes, não sendo possível a atuação de acordo com os desejos e sentimentos pessoais deste, pois o ato busca como já mencionado nestes parágrafos, o interesse público supremo para se chegar à finalidade destinada.

Como reforço do princípio da legalidade, a moralidade administrativa, unida a lealdade e a boa-fé, se consubstanciam a partir da relação de honestidade, lisura, boa conduta e honradez do administrador para com os seus administrados, sendo vedado qualquer comportamento eivado de malícia a lesar os cidadãos³².

Deste modo, cabe ao Estado quando for gerir seus atos, observar o devido respeito ao povo, buscando, acima de tudo, a qualidade de proba nessas relações, pois se o ato é destinado ao interesse público, nada mais correto do que os que são atingidos por aquele serem tratados com dignidade e franqueza.

Quando se satisfaz o interesse coletivo na realização de um ato administrativo, configura-se a finalidade pública deste. Portanto, o fim público é o grande objetivo da Administração, conforme efetuar-se sua atividade administrativa. O não êxito desse fim enseja o desvio de finalidade, sendo nulo o ato³³.

A razoabilidade, também chamada de proibição de excesso se caracteriza pela compatibilidade entre os meios e os fins quando da execução do ato, evitando-se, dessa maneira, lesões aos direitos fundamentais cometidos devido às restrições abusivas ou desnecessárias imposta pela Administração Pública³⁴.

Destarte, o administrador deverá em sua atividade administrativa utilizar-se de condutas racionalmente coerentes, respeitando as finalidades do ato e, em vista disso, resguardar-se a fim de furtar-se do cometimento de atitudes desarrazoadas, bizarras e incoerentes, carregadas de paixões pessoais e critérios personalíssimos³⁵.

Em consonância com a razoabilidade está a proporcionalidade; este princípio versa sobre a impossibilidade, quando da atuação discricionária, com excesso ou escassez, na

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 122-123

³³ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, Editora Jus Podivm. 2012, p. 47

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 96

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 111

realização do ato, gerando prejuízo ao administrado. Então, deverá o agente público agir conforme a proporção suficiente para cada caso concreto³⁶.

O princípio da motivação se caracteriza pela justificação dos pressupostos jurídicos e fáticos para a prática do ato administrativo. Em outros termos, o que existe é um dever de exposição dos motivos para que se possa executar um ato expedido por um comando legal no mundo real³⁷.

Assim sendo, a justificativa se torna obrigatória a todos os atos. Porém, a Constituição abre exceções quanto à motivação destes. No entanto, se o administrador motivar o ato o qual não necessita, passará a vincular-se ao motivo, em face da aplicação da teoria dos motivos determinantes³⁸.

Neste momento, é imperioso a analisar dois dispositivos da Constituição Federal de 1988: o artigo 2º, que preleciona a independência e harmonia dos três poderes da União e o artigo 5º, XXXV, que menciona a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

Entende-se que a separação não é a divisão do poder uno e sim das funções que derivam deste. Por essa razão, a separação dos poderes tem por escopo, baseado no sistema de freios e contrapesos, o controle do poder pelo próprio poder, evidenciando-se como meios recíprocos de fiscalização e limitação³⁹.

Em vista do mencionado, o legislativo, o executivo e o judiciário mantêm entre si um equilíbrio harmônico, possuindo cada um destes, funções próprias de sua competência originária, mas podendo em certas circunstâncias, invadir o espaço de outro poder, quando legal e necessário for, para evitar excessos e omissões.

Quanto ao inciso XXXV do 5º artigo da Constituição Federal de 1988, não poderá esquivar-se o juízo da resolução de um litígio de um direito lesado ou ameaçado. Por isto,

³⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2007, p. 25

³⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição, Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014, p. 163

³⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, Editora Jus Podivm. 2012, p. 55-56

³⁹ CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5ª tiragem, Editora Saraiva. 2014, p. 145

poderá ser realizado o controle judicial, dentro do permitido por lei, quando o agente público lesar ou ameaçar um direito, ainda que a competência seja discricionária⁴⁰.

Desse modo, a inafastabilidade do controle jurisdicional se caracteriza por ser uma garantia dos direitos subjetivos. Todavia, a não exclusão da Justiça à apreciação desses direitos é solidificada no fundamento da separação dos poderes, reconhecendo-o a doutrina, como a garantia das garantias constitucionais⁴¹.

Posto isto, os dois princípios passam a caminhar juntos, um regulando o outro, para que se evite, devido à independência dos poderes, um poder sem limites e agindo da forma que lhe convier e, assim como, a intervenção ilegítima do Judiciário ou fora dos limites aceitáveis pelo direito atual.

Por fim, esse capítulo buscou explicitar os princípios relativos ao ato administrativo e esclarecê-los quanto à utilização em seus tipos, mais especialmente voltado ao ato discricionário, que é no que se funda o último comentário em seguinte deste presente trabalho, com vistas a trazer a possibilidade do controle do que extrapola o mérito do ato.

5. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Empós todo o embasamento firmado nos capítulos anteriores se chega ao ponto principal deste trabalho de conclusão de curso, a análise do controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, matéria de extrema controvérsia na doutrina brasileira e que se passa a tratar nestas linhas abaixo.

Por isso, serão expostas algumas teorias e situações que fundamentam a intervenção do Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa, mais especificamente, na apreciação do mérito administrativo. Para tanto, trar-se-á nestas linhas: jurisprudências e parte da doutrina que invocam a possibilidade de tal controle.

⁴⁰ CARVALHO, Matheus Vianna de. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário**. p. 6 e 7. Disponível em: <http://matheuscarvalho.com.br/wp-content/uploads/2015/01/M%C3%A9rito-do-atpo-administrativo-revisado-BONI-IURIS.pdf>

⁴¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2006, p.131

O controle judicial que normalmente ocorre nos atos discricionários são aqueles que se prendem aos aspectos vinculados desse ato, qual seja a competência, a forma e a finalidade. O restante dos aspectos configura o mérito do ato administrativo que é valorado pelo agente público responsável por realizá-lo, não entrando o Poder Judiciário nesse espaço.

Porém, quando forem exacerbados os limites do mérito, quando houver uma mancha aos princípios constitucionais, atingindo sobremaneira o interesse público, que é o ápice do ato administrativo, será analisada pelo Judiciário a extrapolação dos limites impostos à discricionariedade administrativa e sua consequente intervenção.

Disso se tira a responsabilidade primordial do juiz de extirpar aquele ato do mundo jurídico e fático, com o intuito de evitar arbitrariedades, banindo-o para que não haja prejuízos à coletividade que espera e confia na lisura e boa conduta da Administração Pública, através do comportamento exemplar e digno do executor do ato.

Inicialmente, entende-se que a teoria do desvio do poder se caracteriza quando a autoridade administrativa, revestida da competência que lhe é peculiar, cumpre um ato diverso do real fim para o qual ele deveria ser realmente praticado⁴², havendo, por conseguinte, um desvio na finalidade legal do ato.

Assim, existe uma finalidade pública reservada àquele ato praticado sobre o manto do poder discricionário e que o legitima a ser executado, mas, o praticante deste, o agente público, não se delimita ao objetivo do feito e o pratica com um fim distinto do proposto para tal ato administrativo.

Ainda entende-se que é a partir da condução de diversos poderes, ligados entre si, que se passa a atingir um resultado diferente daquele o qual está imposta a competência. Logo, falseia-se, de forma deliberada ou não, o dever de operar o cumprimento estrito que a lei configurou como objetivo⁴³.

Tendo em vista que quando a lei permite certa margem de liberdade ao administrador do ato, este deve agir com vistas à consecução simples e pura do interesse público e, logo, a finalidade de cada ato é essencial para que este produza todos os efeitos esperados pela Administração Pública.

⁴² LAUBADÉRE, André de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. LGDF, 5ª edição, volume I, 1970, p. 502

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012, p. 57

Faz-se imperioso mencionar as duas modalidades da teoria do desvio de poder, são elas: o agente público, servindo-se da competência em abstrato que possui, atua para o alcance de um fim pessoal; e quando aquele busca atender uma finalidade pública que não é aquela própria para o ato praticado⁴⁴.

Em outros termos, a doutrina quer dizer que ocorrerá o desvio de poder, quando o executor do ato se utilizar da prerrogativa da utilização da discricionariedade que o compete àquele ato e atuar segundo os seus desejos e objetivos pessoais, bem como quando for utilizada uma finalidade pública legítima, mas que é não coerente com aquele tipo de ato.

Quanto à teoria dos motivos determinantes, essa se perfaz a partir do entendimento de que os atos administrativos quando tiverem sua prática motivada, vinculam-se aos motivos expostos. Destarte, quanto à discricionariedade, ocorre essa mesma vinculação, sendo necessária sua comprovação através do confronto da existência e legitimidade dos motivos⁴⁵.

Deste jeito, a mencionada teoria irá se pautar na atuação da Administração Pública, quando esta indicar os motivos que levaram a praticar o ato, sendo somente válido, se os motivos propostos possuírem a verdade real em seu contexto⁴⁶, sendo invalidados se forem percebidos falsos motivos.

Nessa situação, o motivo é um elemento sempre presente em qualquer ato administrativo. Ocorre que na atividade discricionária, quem irá ponderar o motivo e o objeto do ato, pelos critérios da oportunidade e conveniência, é o agente público e se não houver a necessidade de se fazer a exposição desses motivos, mas o for feito, haverá a vinculação da motivação dada aos pressupostos, devendo-se provar a sua concretização.

Então, explanados os conceitos a cerca das teorias, bem como a posição da doutrina sobre estas, se debruça esse artigo a analisar o desvio de poder, os motivos determinantes e o objeto do ato, à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e realidade, instrumentos concretos à atuação judiciária acerca do controle dos atos de discricionação em seu mérito.

Entende-se que motivo e finalidade não se confundem, são elementos distintos, mas se completam. São elementos inseparáveis, uma vez que um depende do outro para que se

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012, p. 58-59

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 215

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 229

efetive. Em consequência disso, a expressão motivos determinantes, em seu vocábulo motivos, possui outro sentido, que é o de finalidade⁴⁷.

À vista disso, quando o agente público motivar o ato a ser tomado em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ferindo assim a finalidade legal daquele, deverá a justiça intervir em favor da manutenção do interesse público, não ferindo, de modo algum, o princípio da separação dos poderes.

Cumpra esclarecer que, mesmo boa parte da doutrina não convergindo para esse lado, é possível a discricionariedade quanto ao fim do ato. Por óbvio, o ato não perderá seu interesse público, porém, de certo modo, a apreciação desse interesse muitas vezes se faz subjetiva⁴⁸.

Desse modo, em algumas situações, parece que o agente público pratica ato de acordo com o ordenamento jurídico, no entanto, através de circunstâncias externas ao ato, a partir de um estudo mais amplo, nota-se o desvio da finalidade legal com a lei, o que deve ser combatido e, por conseguinte, extinto do ordenamento.

Assim, o vício poderá ser enxergado a partir da verificação da compatibilidade entre o fim o qual o ato administrativo se vincula e a finalidade que este almeja. É nesse meio em que irá atuar, sob o manto investigativo que lhe compete e com o objetivo de salvaguardar o direito, o Poder Judiciário⁴⁹.

Aliado a isso, existem finalidades expostas pela lei de forma vaga, imprecisa e incongruente, o que faz o administrador avaliar, subjetivamente, a feitura do ato no mundo dos fatos e o Judiciário passa a preocupar-se se os procedimentos utilizados foram os baseados nos princípios gerais do direito⁵⁰.

Destarte, quando os critérios a se atingir o fim legal estiverem extrapolando o mérito e maculando o ato, evadindo-se do campo da liberdade administrativa, ultrapassando a esfera

⁴⁷ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 215-216.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014, p. 435

⁴⁹ CARVALHO, Matheus Vianna de. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário**. p. 26. Disponível em: <http://matheuscarvalho.com.br/wp-content/uploads/2015/01/M%C3%A9rito-do-atpo-administrativo-revisado-BONI-IURIS.pdf>. Acesso em: 02/10/15

⁵⁰ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários da Administração Pública**. P. 78. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf. Acesso em: 02/10/15

discrecionária, é necessário que o Poder Judiciário extirpe este ato ilegítimo para garantir o real interesse público⁵¹.

Pelo princípio da realidade, os motivos de determinado ato devem ser suficientes à sua prática e, principalmente, devem existir no mundo fático e jurídico⁵². Se o agente público atua distintamente do referido acima, acaba por imiscuir-se com excessos aos limites traçados e a discricção passa a ser inválida.

No que toca à razoabilidade, por certo, necessitará de uma adequabilidade dos motivos com o objeto do ato almejado, sendo compatíveis e proporcionais com este. Já a proporcionalidade funda-se entre os fins que a Administração Pública percorre e os meios empregados para se chegar a tal interesse público⁵³.

A doutrina brasileira sempre divergiu quanto ao controle judicial dos atos administrativos discricionários, se mantendo tímida, não demonstrando muitos posicionamentos quanto à possibilidade do judiciário de apreciar o mérito do ato, a partir dos critérios de oportunidade e conveniência⁵⁴.

No entanto, em algumas situações, a Jurisprudência dos Tribunais foi admitindo esse controle, essa apreciação do mérito pelos magistrados dentro da atividade discricionária, ainda que a doutrina majoritária entenda em contrário a essa possibilidade. A seguir, alguns comentários pertinentes ao entendimento dos egrégios tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu, em determinado julgado, o controle do mérito do ato administrativo, concluindo que no momento em que a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade, ultrapassando-se o adequado ao ato, extrapolará o limite deste e, por conseguinte, acabar-se-á ferindo a legalidade⁵⁵.

Assim, atente-se que a invasão ao mérito foi de salutar necessidade, posto que os critérios de oportunidade e conveniência foram tão mal utilizados, de forma desarrazoada e

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012, p. 82-83

⁵² LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários da Administração Pública**. P. 83. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf. Acesso em: 02/10/15

⁵³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discrecionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discrecionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Página 68

⁵⁴ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários da Administração Pública**. P. 89. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf. Acesso em: 02/10/15

⁵⁵ STJ, REsp 778648 / PE, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 06/11/2008, Data da Publicação: DJe 01/12/2008

sem a proporção devida, que atingiram plenamente a legalidade, não havendo outra maneira senão a intervenção da justiça para coibir esse vício.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou, certa vez, a favor do controle, uma vez que entendeu que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consoante artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal era de importância salutar para que se olhasse sobre o prisma desse tipo de apreciação⁵⁶.

Outro entendimento dos ilustres desembargadores se concretizou a partir do vislumbre do controle jurisdicional do mérito argumentando que a liberdade imaginada e destinada ao Administrador Público não se faz total e absoluta, havendo a necessidade de verificação da motivação dada a cada ato praticado⁵⁷.

Ante o exposto, o Poder Judiciário irá atuar quando o agente público praticar um ato que exceda os limites da discricionariedade, não somente cuidando dos aspectos de legalidade, mas sim, analisando o mérito através de uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos⁵⁸.

Portanto, depois de explanado todo o referido, com conceitos, opiniões doutrinárias e jurisprudência dos tribunais, entende-se possível o controle do ato administrativo discricionário, quando este ultrapassar os limites da discricionariedade, atuando fora dos fins legais.

6. CONCLUSÃO

Apresentou-se nestes capítulos acima expostos: o Ato Administrativo e o seu controle pelo Poder Judiciário; os aspectos do Ato Administrativo Discricionário, qual seja a discricionariedade e o mérito; os princípios constitucionais referentes ao Ato Administrativo; e, por fim, o Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários.

⁵⁶ STF, RE-AgR 505439 / MA, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 12/08/2008, Data da Publicação: DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008

⁵⁷ STJ, REsp 429570 / GO, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 11/11/2003, Data da Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277

⁵⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. Páginas 60 a 61

Consoante o acima transcrito, foi proposta uma análise mais apurada do controle desses atos através dos princípios já mencionados, o que demandou um trabalho de pesquisa doutrinária eficaz para corroborar com o desejo de fundamentar esses princípios como raízes de sustentação do controle de uma atividade proposta pelo Poder Judiciário.

Por suposto, notou-se que boa parte da doutrina brasileira não se revela favorável ao controle do mérito do ato administrativo pelo juiz de direito, mas sim, apenas, pela Administração Pública. Esses doutrinadores se coadunam somente com a observância da legalidade do ato, isto é, se houve a observação do que a lei faz questão de vincular.

Diante dessa limitação destinada ao Judiciário brasileiro, o interesse público fica à espera que o próprio Poder Público reveja os seus atos, aguardando uma análise cuidadosa de sua atividade discricionária, realizando a releitura da oportunidade e conveniência utilizadas para se executar o ato administrativo.

Contudo, nem sempre os administradores acreditam ser realmente necessária uma análise do que estes fizeram no âmbito discricionário. Por isso, a coletividade precisa acorrer para algo ou alguém que reveja se, realmente, a finalidade pública daquele ato discricionário, o motivo e objetos daquele, foram, de fato, atendidos.

Dessa maneira, as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes se mostraram argumentos eficazes para viabilizar a atuação do juiz togado quando provocado, uma vez que quando a atuação administrativa atinge fim diverso do proposto, seja por má-fé ou não, e quando se motivam os atos discricionários, tornando-se vinculados, se aclara a necessidade de um posicionamento Judicial.

Consequentemente, notou-se que a apreciação do interesse público se resume, muitas vezes, a subjetivismos, o que torna falho e carente o ato administrativo, dificultando-se a busca pelo interesse da coletividade, restando amplamente necessário um olhar da magistratura quando da espera de uma provocação para atuar.

Portanto, conclui-se que o mérito dos atos administrativos discricionários deverá ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, quando provocados pela parte autora, pelo povo, pela coletividade, alegando que a Administração Pública não honrou com o devido interesse público e praticou ato não condizente com a moralidade e probidade administrativa.

Em outros termos, quando a finalidade pública não for almejada, seja por interesse pessoal do agente público ou quando for utilizada uma finalidade pública diversa, que não condiga para aquele ato, se compreende necessário uma intervenção judicial, para concretizar a continuação do elemento fim público do ato administrativo.

Igualmente, quando o ato administrativo discricionário for motivado pelo agente público, haverá a vinculação do motivo ao ato e, assim, se observado a prática do agente público com a comprovada ausência da utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ferindo a finalidade legal do ato, deverá a justiça, sem hesitar, intervir em favor da manutenção do interesse público.

As jurisprudências divulgadas no último capítulo reiteraram o juízo deste artigo acerca da atuação judiciária. Assim sendo, pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário não se entende correta a escusa do julgador frente à propositura da ação, pois é de bom conselho que o princípio ora mencionado seja respeitado e utilizado no ordenamento jurídico, como parte essencial do acesso à justiça.

Nesse sentido, não se vê a liberdade administrativa, sendo um privilégio destinado pela lei ao administrador, como total e absoluta. Há uma mitigação dessa discricionariedade. A própria lei deixa certa margem ao agente público, mas esta é dentro dos parâmetros legais. Por isso, entende-se corretamente aceitável, a intervenção do julgador.

Para tanto, se o ato não for observado dentro dos parâmetros de razoabilidade, agindo a Administração Pública contrária a este princípio, será ultrapassado o seu limite, ocasionando, por consequência, a lesão ao princípio constitucional da legalidade. Isto posto, se enxerga como uma das formas legítimas à correção e observância do disposto acima senão a atuação judiciária frente a agressão ao que pertence como interesse público.

Visto que o desvio de poder e os motivos determinantes foram analisados sob contínua e operante pertinência com os princípios constitucionais atinentes ao ato administrativo e, notando-se que o seu ferimento causou uma necessidade premente de atuação judiciária, ante ao consequente desrespeito a lei, é que entende amplamente viável, dentro que se propôs nesse artigo, a pertinência e legitimidade do Judiciário brasileiro a adentrar no mérito do ato.

Desta feita, depreende-se que o juiz irá se introduzir no mérito do ato administrativo discricionário, não para questionar porque a Administração Pública resolveu construir uma

ponte, por exemplo, mas sim, se a construção dessa ponte foi adequada, proporcional ao possível resultado e se dentro da busca fiel à lei.

Logo, será de bom alvitre que a justiça interfira no mérito quando houver excesso diante do limite proposto a discricionariedade, porque é lá que o agente público se preocupa, diante da delegação concedida pela lei, a refletir qual será o melhor modo de se construir uma ponte, se o local atenta-se para o melhor o interesse público em construí-la, vez que nesse caso serão utilizadas a oportunidade e conveniência, partes da conjuntura do mérito.

Por fim, o presente trabalho consuma-se pelo entendimento de que é possível sim um controle dos magistrados frente à atividade discricionária dos agentes públicos, quando estes últimos não utilizarem os requisitos necessários fornecidos pela liberdade condicionada imposta pela própria letra da lei e ferirem o arcabouço dos princípios constitucionais arraigados.

REFERÊNCIAS

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

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2014

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição, Editora Atlas. São Paulo, 2014

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000

FAGUNDES, Miguel Seabra. TJ-RN – Acórdão na Apelação Cível nº 1.422, RDA 14/52.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, Editora Jus Podivm. 2012

CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5ª tiragem, Editora Saraiva. 2014

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição, Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014

CARVALHO, Matheus Vianna de. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário**. p. 6 e 7. Disponível em: <http://matheuscarvalho.com.br/wp-content/uploads/2015/01/M%C3%A9rito-do-ato-administrativo-revisado-BONI-IURIS.pdf>

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, Malheiros Editores. São Paulo, 2006

LAUBADÉRE, André de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. LGDF, 5ª edição, volume I, 1970

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição, Editora Forense. Rio de Janeiro, 2002

LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários da Administração Pública**. P. 78. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf. Acesso em: 02/10/15

STJ, REsp 778648 / PE, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 06/11/2008, Data da Publicação: DJe 01/12/2008

STF, RE-AgR 505439 / MA, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 12/08/2008, Data da Publicação: DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008

STJ, REsp 429570 / GO, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 11/11/2003, Data da Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 2^a Edição. São Paulo: Malheiros, 1999