

Controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários

Renan Claode Marcelino Lima

Pós-graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Regional do Cariri (URCA).

Jorge Emicles Pinheiro Paes Barreto

Professor orientador, Mestre em Direito - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.26

RESUMO

Até pouco tempo, predominava o entendimento de que o mérito dos atos administrativos discricionários era insindicável, apenas questões relacionadas à legalidade deveriam ser objeto de exame por parte do Poder Judiciário. Entretanto, esse entendimento adotado pelos órgãos julgadores, somado à ampla liberdade de atuação dos gestores públicos, gerou margem à prática de ilegalidades praticadas pelo poder público, sob o argumento de apenas estarem exercendo o poder discricionário. É fundamental dedicar atenção a esse tema, pois a atividade administrativa deve sempre estar pautada no interesse público. No entanto, para garantir os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, deve haver um controle administrativo efetivo, eliminando as ilegalidades que possam surgir. Possuindo a metodologia de pesquisa de natureza descritiva e analítica, considerando a necessidade de avaliar o contexto político e jurídico-institucional das relações entre Judiciário e, especialmente o Executivo. Utilizou-se como base metodológica o estudo bibliográfico da doutrina relacionada ao direito constitucional e direito administrativo, especialmente aquela relacionada aos atos administrativos e controle da administração pública. O trabalho ora tratado, demonstra a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários por parte do Poder Judiciário. Para isso, utiliza-se de teorias existentes e adotadas pela doutrina. Esse controle abarca não apenas questões relacionadas à legalidade, entretanto, o mesmo deve ser realizado sempre tendo em vista a separação de poderes, de modo a não atingir a margem de liberdade da administração.

Palavras-chave: atos administrativos discricionários. controle judicial. administração pública.

ABSTRACT

Until recently, the understanding prevailed that the merits of discretionary administrative acts were indiscriminate, only questions related to legality should be subject to examination by the Judiciary. However, this understanding adopted by Organs judging bodies, added to the wide freedom of action of public managers, generated room for the practice of illegalities practiced by the public power, under the argument that they are only exercising discretionary power. It is essential to pay attention to this topic, as administrative activity must always be guided by the public interest. However, to guarantee the fundamental rights enshrined in the Federal Constitution of 1988, there must be effective administrative control, eliminating illegalities that may arise. Possessing the research methodology of a descriptive and analytical nature, considering the need to evaluate the political and legal-institutional context of the relations between the Judiciary and, especially the Executive. The bibliographic study of the doctrine related to constitutional law and administrative law was used as a methodological basis, especially that related to administrative acts and control of public administration. The work discussed herein demonstrates the possibility of controlling discretionary administrative acts by the Judiciary. For this, it uses existing theories and adopted by the doctrine. This control encompasses not only issues related to legality, however, it must always be carried out with a view to the separation of powers, so as not to reach the administration's margin of freedom.

Keywords: discretionary administrative acts. judicial control. public administration.

INTRODUÇÃO

No estudo ora apresentado, pretende-se analisar o controle judicial exercido sobre os atos administrativos discricionários, sempre buscando um exame conjunto dos princípios previstos da Constituição Federal de 1988, entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

No Brasil, a Constituição traz, de forma expressa, diversos princípios que devem nortear toda a atividade da Administração Pública, dentre eles podemos citar legalidade. Quando ligada à Administração Pública, a legalidade deve ser entendida de forma estrita, ou seja, o gestor público só pode fazer o que a lei autoriza, de forma diversa ocorre com a legalidade aplicada às relações particulares, onde o particular pode fazer tudo que a legislação não proíbe.

Em um primeiro momento, tratou-se acerca do conceito de ato administrativo, dando-se atenção especial aos atos vinculados e discricionários. Ato administrativo vinculado é aquele que está estritamente determinado em lei, sendo que, impõe-se ao administrador o dever legal de atuar de acordo com a única forma prescrita em lei. Em contrapartida, o ato administrativo discricionário será aquele que garante ao administrador a possibilidade de exercer sua autoridade administrativa com uma margem de escolha, utilizando-se de critérios como conveniência e oportunidade.

Entretanto, essa liberdade do administrador público não significa necessariamente uma ausência de previsão legal, o legislador entendeu por conceder essa margem de escolha ao administrador pois não teria como prever todas as situações possíveis de acontecer. Assim, embora os atos administrativos discricionários, dependam de subjetividade na escolha, são praticados estritamente com base na lei para enfrentar situações e tomar decisões em prol do interesse coletivo por meio de critérios como conveniência e oportunidade.

Em outro momento tratou-se acerca do foco do presente estudo, com abordagem geral do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Nesse momento também foi estabelecida a relação entre discricionariedade e controle judicial.

Em seguida, procurou-se trazer teorias relacionadas à atividade judiciária de controle dos atos administrativos. Nesse momento foi citada a teoria do desvio de poder e também dos motivos determinantes. Teorias essas que vieram com a finalidade de limitar a liberdade do gestor público.

Por fim, este trabalho terá como escopo explicar, sem o objetivo de esgotar o tema, a atividade administrativa exercida pelo administrador público, especialmente no que concerne aos atos administrativos discricionários, e, essencialmente, identificar possíveis formas e meios pelo qual os atos discricionários poderão sofrer o controle pelo Poder Judiciário.

ATO ADMINISTRATIVO

Na doutrina nacional, atualmente, não existe uniformidade acerca de apenas um conceito de ato administrativo. Inicialmente, se faz conveniente diferenciar fato, fato jurídico, fato administrativo e ato administrativo. Podemos chamar de fato qualquer acontecimento que acontece na nossa vida. Se esse acontecimento gerar repercussões no mundo jurídico, então será denominado fato jurídico. Por sua vez, o fato administrativo é aquele que atinge de forma específica

o direito administrativo, a exemplo da secretária que digita um ofício.

Nas palavras de Meirelles (2016), ato administrativo é diferente de fato, pois no ato existe a manifestação de vontade. Assim, se um ato produzir efeito na seara Administrativa, será denominado de ato administrativo. Se enquadra no gênero atos jurídicos. São sempre manifestações de vontade unilaterais. Estão sujeitos ao regime de direito público, pois, são manifestações sempre produzidas no âmbito das relações de direito público.

Meirelles (2016, p.173) conceitua ato administrativo como:

“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

Cabe salientar que o autor restringe seu conceito ao tratar apenas dos atos unilaterais de vontade da Administração, não tratando dos atos bilaterais que são os contratos administrativos.

Segundo o conceito de Carvalho Filho (2018, p.162) ato administrativo “é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

Di Pietro (2019, p.456) ensina que ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Ao conceituar ato administrativo, Di Pietro (2019) também afirma que há vários critérios para defini-lo, com destaque para o subjetivo e objetivo. Pelo critério subjetivo, que leva em conta o órgão que pratica a ação, ato administrativo é aquele praticado exclusivamente pelos órgãos administrativos, ficando excluídos desse conceito os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, pelo simples fundamento de não serem produzidos por órgãos de natureza administrativa.

Seguindo a lição de Di Pietro (2019) pelo critério objetivo, ato administrativo é aquele praticado no exercício da função administrativa, não importando o órgão que emanou o ato, podendo ser órgão que compõe o Judiciário ou Legislativo. Essa acepção considera que a distribuição de funções não é rígida, assim, cada Poder exerce sua função típica, e, de forma paralela, desempenha funções atípicas (atribuição típica de outros Poderes).

Os atos administrativos possuem diversas classificações, mas aqui, como foco no que será desenvolvido, ou seja, uma análise das hipóteses de controle Judicial dos atos administrativos no âmbito do poder discricionário e para não nos tornarmos demasiadamente extensos, focaremos nos atos discricionários e vinculados.

Atos administrativos vinculados e discricionários

Ademais, pode-se entender que atos administrativos vinculados são aqueles em que a Administração atua sem nenhuma margem de liberdade, aqui a lei prevê a única postura possível para atuação diante do caso concreto (MELLO, 2009). Aqui, não há que se falar em mérito administrativo.

Por outro lado, atos administrativos discricionários são aqueles em que a lei concedeu ao

gestor público uma margem de liberdade para atuar. Ex.: decidir entre duas soluções possíveis diante de um imbróglio. Aqui existe o chamado mérito administrativo, que é a liberdade conferida ao administrador público para exercer seu juízo de oportunidade e conveniência. Di Pietro defende que o poder de atuação da administração, embora discricionário, deve observar os limites impostos pela lei (DI PIETRO, 2018).

Mello conceitua a discricionariedade como:

Discricionariedade, portanto, é a margem 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 (MELLO, 1996, p. 48).

A atuação do agente público na materialização das atividades administrativas não pode se pautar somente no seu juízo de oportunidade e conveniência. É necessário que os atos e condutas praticados pelos gestores públicos sejam justificados na lei e amparados por uma fundamentação fática. É nesse cenário que surge o instituto do Controle da Administração Pública.

Oliveira (2018) afirma existir duas espécies de controle: a) controle de legalidade, que é a adequação formal do ato com o comando emitido pela lei; e b) controle de mérito, que é a verificação da conveniência e oportunidade. Ainda afirma que, é vedado ao Judiciário se substituir ao administrador para definir, qual a decisão mais conveniente ou oportuna, sob pena de desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Mérito administrativo

Nas palavras de Meirelles (2016, p. 179), o mérito administrativo consiste na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

Na mesma linha Mello (2013) afirma que mérito é a liberdade prevista na lei para atuação do agente público diante de duas ou mais soluções possíveis para a resolução de um caso concreto, sempre se utilizando de critério de conveniência e oportunidade.

Em resumo, mérito administrativo pode ser considerado o poder conferido ao Administrador Público para que ele decida sobre a oportunidade e qual o momento mais oportuno para a prática do ato discricionário.

Binenbojm (2016), afirma que para muitos autores clássicos existe uma dicotomia entre legalidade e mérito. Enquanto a legalidade se restringe à análise da adequação ao texto legal, o mérito busca a conveniência e oportunidade. Ocorre que esse pensamento aos poucos está sendo modificado.

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Nas palavras de Meirelles (2016), ao tratar acerca do controle dos atos administrativos, se faz necessário fazer uma breve análise dos sistemas existentes. No sistema inglês (ou jurisdição única), todo e qualquer litígio, seja ele administrativo ou cível, pode ser levado ao conhe-

cimento do Judiciário, ou seja, um imbróglio, mesmo decidido na via administrativa, poderá ser levado ao Judiciário. Já no sistema francês (dualidade de jurisdição, contencioso administrativo) ao lado do Judiciário existe a Justiça responsável por julgar as causas administrativas, aqui as causas decididas por uma Justiça não podem mais ser objeto de nova contenda interposta na outra.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, deixa clara a adoção pelo sistema inglês de controle dos atos da administração, pois traz de forma expressa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, no Direito brasileiro, apenas o Judiciário pode decidir, de maneira definitiva/permanente, acerca dos conflitos de direito existentes na sociedade, incluindo-se, os litígios entre a Administração e os administrados.

No Direito Administrativo existem duas formas distintas de controle jurisdicional da Administração, podem ser adotadas para controle dos atos administrativos ilegais/ilegítimos praticados pelo Poder Público: a primeira é o controle de legalidade e a segunda é o controle de mérito do ato administrativo.

Oliveira (2016), afirma que o controle dos atos administrativos pode ser de duas espécies: a) controle de legalidade, que fiscaliza a adequação formal entre o ato praticado com o comando emitido pela lei; e b) controle de mérito, que é a verificação da conveniência e oportunidade. O autor ainda deixa claro que, é vedado ao Judiciário adentrar o mérito da questão para definir, qual a decisão mais conveniente e oportuna no caso concreto, sob pena de desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Na visão de Mello (2013), na edição de um ato administrativo, existe a necessidade deste se adequar à lei, apenas o fato de não ser contrário a esta não é suficiente, logo, a atividade administrativa é limitada pelo direcionamento legal. Em algumas situações, o próprio legislador atribui certa margem de liberdade ao gestor público para escolha da melhor solução a ser aplicada no caso concreto, são os chamados atos administrativos discricionários.

Meirelles (2016), afirma que o Poder Judiciário tem a competência para fazer o controle dos atos administrativos praticados pelos outros Poderes, bem como do próprio Judiciário, quando exerce sua função atípica administrativa, e isso pode ser chamado de controle jurisdicional. Este tipo de controle deverá ser realizado sob estrito manto da legalidade, restringindo, se tão somente, à verificação de conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico e os princípios administrativos constitucionais.

Não cabe ao Poder Judiciário se fazer substituir a vontade da Administração pela sua, no que diz respeito a questões relacionadas ao mérito. Cabe apenas à Administração Pública, diante dos critérios de oportunidade e conveniência. Compete ao gestor público selecionar a conduta a ser tomada, dentre as possíveis, diante do caso concreto. Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 845 e 846) ensina que:

“Os atos sujeitos a controle judicial comum são os administrativos em geral. No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 52, XXXV), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em

exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.”

Nas palavras de Meirelles (2016) o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos praticados pela Administração deve se limitar a analisar exclusivamente os aspectos legais, devendo nunca adentrar nos quesitos de conveniência e oportunidade. Quando da prática de um ato administrativo, a Administração tem o dever de seguir fielmente os ditames legais, não basta aqui o fato de não praticar ato contrário à Lei.

Diante de um mundo tão dinâmico é extremamente lógico e racional chegar à conclusão de que não existe nenhuma lei capaz de abarcar todas as possibilidades de atuação, tanto cível, penal ou administrativa. Prevendo essa possibilidade, os próprios legisladores, em diversas situações, deixaram uma certa margem de discricionariedade de atuação do Administrador no caso concreto. Surge aqui o poder discricionário.

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (DI PIETRO, 2019, p. 481).

Di Pietro (2018) afirma que, mesmo diante de uma situação que permita ao administrador público atuar com certa liberdade diante das várias possibilidades de solução em um caso concreto, o Poder Público não atua de forma completamente livre, pois ainda deve obedecer a alguns aspectos, dentre os quais podemos citar: a competência, a forma e a finalidade. A atuação mesmo discricionária tem que estar localizada dentro dos limites legais.

Do mesmo modo, Mello (1996) aduz que, existe atuação discricionária quando o administrador possui certo campo de liberdade, que depende de sua subjetividade quanto a sua conveniência, oportunidade e modo de realização. Surge aqui o conceito de “mérito administrativo” criado pela doutrina, conforme trabalhado anteriormente neste estudo.

Como trabalhado anteriormente, mérito administrativo é o poder conferido ao Administrador Público para que ele decida sobre a conveniência e qual o momento mais oportuno para a prática do ato discricionário.

Para Binenbojm (2014), na visão de muitos autores clássicos existe uma dicotomia entre legalidade e mérito. Enquanto a legalidade se restringe à análise da adequação ao texto legal, o mérito busca a conveniência e oportunidade. Ocorre que esse pensamento aos poucos está sendo modificado. O mérito, que antes era intocável, passou a ser objeto de análise, conjugado com a devida aplicação dos princípios constitucionais.

Não obstante, outros doutrinadores entendem não haver mais dicotomia entre legalidade e mérito, pois o mérito sofreu uma significativa restrição em decorrência da aplicação dos princípios constitucionais.

Do mesmo modo, Di Pietro (2018) afirma que, em decorrência da ampliação da legalidade, houve redução do poder discricionário e ampliação da autoridade judiciária sobre questões que antes eram consideradas de mérito. Ou seja, o que ocorreu foi uma redução significativa do mérito da ação administrativa, pois aspectos que antes eram considerados mérito, mas não passíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como legalidade, em sentido amplo.

Di Pietro (2018), ensina que, com o tempo surgiram algumas teorias que buscaram entender, explicar e ampliar o âmbito de atuação do Judiciário no controle sobre os atos administrativos. Como exemplo temos: a teoria do desvio de poder, que afirma ser possível a anulação pelo Poder Judiciário de atos discricionários, quando estes atinjam finalidade diversa daquela fixada pela lei; a teoria dos motivos determinantes e a teoria dos princípios jurídicos e o controle de juridicidade.

Di Pietro (2018), continua e afirmar que a teoria do desvio de poder trata acerca das situações em que o Poder Público se utiliza do poder discricionário para se distanciar da finalidade pública prevista na legislação. Nesse caso é possível a atuação do Judiciário para anular tal ato.

Mello (1996) ensina que a teoria do desvio do poder nada mais é do que a verificação da correta aplicação do princípio da legalidade. A discricionariedade não pode servir para encobrir atuações ilegais da administração.

Na mesma linha, Oliveira (2018) aduz que, para a teoria dos motivos determinantes, a validade de um ato administrativo é determinada pela correspondência entre os motivos expostos e a existência real dos fatos que levaram à sua publicação. Mesmo nas situações em que não é obrigado a motivar, o agente público não poderá fugir da realidade se o fizer.

Em decorrência da constitucionalização do Direito, e especialmente do direito administrativo, surge a teoria dos princípios jurídicos que exige a compatibilidade das ações administrativas com os princípios consagrados no ordenamento jurídico. Para Oliveira (2018) dentro do contexto de constitucionalização do direito administrativo, surge a possibilidade de uma fiscalização mais ampla e efetiva dos atos administrativos.

Entretanto, essa ampliação de atuação do Judiciário quanto à esfera da discricionariedade administrativa, gerou, e gera, uma série de questionamentos sobre a possibilidade de análise de mérito pelo Poder Judiciário de atos praticados no exercício do poder discricionário.

Para Moreira Neto (1998), o debate acerca da sindicabilidade do mérito não se resolve apenas pela simples afirmação de que o poder discricionário é imune ao controle judicial. Ao fazer tal afirmação é como se estivesse presumindo que o uso do arbítrio, por mais deficiente que fosse, jamais resultaria em ilegalidade.

Teoria dos motivos determinantes do ato administrativo

Ao tratar acerca da teoria dos motivos determinantes se faz importante retornar ao conceito de motivo, anteriormente tratado. Em resumo, motivo são as razões fáticas e de direito que fundamentam a edição ou prática do ato. Seguindo nessa linha, pode-se concluir que motivo é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

Di Pietro (2018), estabelece que, os conceitos de motivo e motivação não devem ser confundidos. A motivação é feita por quem edita ou pratica o ato, ou seja, como uma exposição dos motivos, já a justificação do porquê daquele ato (motivo), é um requisito do ato administrativo.

Meirelles (2016), ensina que, a teoria dos motivos determinantes se baseia na ideia de que quando os atos administrativos discricionários forem motivados, eles ficam vinculados aos respectivos motivos expostos, como determinantes de sua ação. Deve haver perfeita correlação

entre os motivos e a realidade, sob pena de ilegalidade.

Essa teoria se caracteriza como um dos meios hábeis para conter a atuação do administrador público no exercício da atividade administrativa discricionária por meio do efetivo exame dos motivos declarados no ato, tanto da subsistência quanto da idoneidade que possuem. Esse exame, por si só, não traz grandes dificuldades. O problema pode estar na valoração dos motivos.

Este problema reside, justamente, no fato da discricionariedade representar aquela margem de liberdade conferida ao administrador público pela lei, possibilitando que este possa decidir se o motivo fático ocorrido possui relevância ou não para ensejar uma providência administrativa.

No caso concreto, o Poder Judiciário deve fazer uma investigação dos fatos e da correlação entre o ato praticado e os motivos elencados, podendo tão somente exercer o poder jurisdicional na decisão tomada quando for notadamente desproporcional, algo totalmente contrário à lei. O administrador tem a opção de praticar o ato administrativo discricionário, sem declarar o motivo, entretanto, se ainda assim decidir expô-los, para Marinela (2016, p.402) “o administrador fica vinculado às razões de fato e de direito que levaram à prática do ato”.

Para Di Pietro (2018), caso não haja previsão da lei da imposição de motivar o ato administrativo e o administrador público o declare no momento da criação do ato, o motivo elencado no ato passará a integrar a conduta praticada e, caso eventualmente o motivo não corresponda com a realidade fática, o ato será viciado.

Como exemplo, podemos imaginar a seguinte situação: em determinada cidade do interior do Ceará, o prefeito exonera secretário municipal, cargo comissionado exonerável *ad nutum* (sem necessidade de motivação), entretanto, o prefeito fundamenta a exoneração em ato praticado com improbidade administrativa, a partir desse momento, esse motivo expresso vinculará a exoneração e sua eficácia dependerá da real existência do motivo declarado.

Mello (2013), afirma que, sendo falso o motivo, o Judiciário atuará correlacionando os fatos e provas, com o objetivo de verificar se o agente público atuou dentro ou fora dos limites de discricionariedade, portanto, sendo falso o motivo, deverá anular a exoneração.

Diante do todo até aqui exposto, percebemos que é extremamente necessária a motivação de todo o ato discricionário. A motivação dos atos, mesmo quando não obrigatória, demonstra, por parte dos agentes públicos, sua intenção de moralidade, probidade e boa-fé, lhe proporcionando também uma maior segurança jurídica.

Teoria do desvio de poder

Conforme tratado anteriormente, o ato administrativo deve sempre visar o interesse público. Nessa linha de raciocínio, Carvalho Filho (2018) aduz que não se aceita que o agente público, como gestor dos interesses da coletividade, direcione suas condutas a anseios particulares.

Marinela (2013) traz em suas lições que a atividade administrativa como um todo deve ser voltada para o atendimento das necessidades da sociedade. Se, por acaso, o agente público, protagonista da ação administrativa, não conseguir atingir a meta legalmente mandatada, estará configurado o desvio de poder.

Nas lições de Mello (2013), fica caracterizado o desvio de poder quando o agente público atua exercendo uma competência que era sua, entretanto, o faz com o objetivo de atingir fim diverso daquele estabelecido na lei. O desvio de poder pode ser de duas espécies: a) agente busca finalidade diferente de qualquer interesse público; b) busca atingir um interesse público, entretanto, é diferente do direcionamento emanado pela lei.

Já Carvalho Filho (2018), por sua vez, ensina que um comportamento abusivo no exercício da atividade administrativa decorre de duas possibilidades: a) excesso de poder: quando o administrador extrapola os limites de sua competência, e, b) desvio de poder: quando o administrador se distancia do interesse público que deve fundamentar a prática dos atos administrativos.

O administrador público não disporá simplesmente de poderes-deveres, mas, sim, de deveres-poderes que serão empregados no exercício da atividade administrativa para buscar primeiramente os interesses em prol da coletividade. Mello (2013), ensina que muitas vezes, no exercício da função administrativa, é perdido o objetivo natural, criando deformações, que poderão ser contestadas pela teoria do “desvio de poder”, por estar eivado de vício.

Para Di Pietro (2007), o maior problema reside na dificuldade de provar que o ato produzido é abusivo, sobretudo pelo fato de que essa ilegitimidade vem dissimulada sob uma aparência da perfeita legalidade, impondo, assim, obstáculos para obtenção da efetiva prova do desvio. Isto porque, trata-se de intenções subjetivas do administrador, razão pela qual é necessário que haja indícios ou elementos circunstanciais que comprovem que houve o desvio de finalidade.

Como já afirmado demasiadamente neste trabalho, a conduta da Administração Pública deve estar preordenada ao interesse público, em observância ao que dispõe a lei. *A contrário sensu*, extravia-se o agente público da finalidade estampada na regra em que se calça o ato, configurando desvio de poder em seu agir.

Cabe, assim, ao Poder Judiciário, ainda que diante de um ato administrativo discricionário, averiguar se determinada conduta atende aos anseios da coletividade. Ainda que a seleção dos critérios de oportunidade e conveniência seja ínsita à Administração Pública, cabe ao Judiciário averiguar se a finalidade do ato encontra amparo na lei, cuja inobservância autoriza o reconhecimento da ilegalidade da conduta estatal.

POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

É fundamental explorar o posicionamento jurisprudencial. Portanto, se faz necessário analisar alguns pronunciamentos judiciais sobre a extensão do controle efetivado nos atos administrativos discricionários, com o intuito de colaborar com os argumentos erigidos no presente trabalho.

O primeiro caso tratado foi de um Agravo em Recurso Especial 1.808.617 DF 2020/0332967-0, foi interposto por candidato reprovado na fase de investigação social no concurso público da Polícia Militar do Distrito Federal por uso de entorpecente quando tinha 19 anos de idade, entretanto, o mesmo já foi aprovado em todas as fases do concurso da Polícia Militar do Maranhão e no momento é professor da rede pública de ensino do Distrito Federal.

O recurso foi interposto com a finalidade de reestabelecer sentença reformada pelo Tri-

bunal de origem. Em seu voto, seguido por unanimidade, o relator fundamenta que o Tribunal tratou a discricionariedade administrativa como valor absoluto, onde não seria possível uma correção mesmo diante de ilegalidades.

Cabe destaque ao voto do relator, especialmente porque foi seguido por unanimidade. O Ministro Og Fernandes entendeu que, a discricionariedade que possui a Administração não é absoluta e não é imune ao controle judicial, em casos em que ocorrem restrições a direitos dos administrados, cabe ao Judiciário analisar os aspectos vinculados do ato administrativo (competência, forma, finalidade), e também a obediência ao princípio da proporcionalidade. (STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 1806617 DF 2020/0332967-0).

O voto foi encerrado com o seguinte trecho:

(...)entendo que a irresignação recursal merece acolhimento, na medida em que o acórdão recorrido, ao reconhecer a impossibilidade de controle judicial do ato que reprovou o candidato da sindicância de vida pregressa, trilhou orientação contrária ao entendimento desta Corte Superior, estando demonstrado, no caso, que a Administração não se pautou pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Logo, deve ser reformado o acórdão impugnado para que seja restabelecida a sentença concessiva da segurança. (STJ - AREsp: 1806617 DF 2020/0332967-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/06/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2021)

No julgado acima citado, há de se destacar que, conforme afirmado no decorrer do presente trabalho, a Administração tem sua liberdade de atuação concedida pela lei quando atua no exercício do poder discricionário, entretanto, essa liberdade não é imune às fiscalizações do Judiciário, principalmente quando ocorrem situações que extrapolam o conteúdo do texto legal.

O segundo caso trata-se de um Recurso Extraordinário interposto no Supremo Tribunal Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No caso em tela o TJSP decidiu que, com base no acervo de provas não restou configurado o crime de denúncia caluniosa, e anulou a pena aplicada, com base no princípio da proporcionalidade (STF - RE: 1298463 SP 2060373-41.2015.8.26.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020).

A Procuradoria do Estado de São Paulo recorreu buscando a anulação do acórdão, sob o argumento que a atuação do Judiciário, ao anular a pena aplicada, extrapolou os limites da legalidade do ato.

O ministro Roberto Barroso, relator do caso, decidiu que no caso não era cabível RE, pois o acórdão estava alinhado com a jurisprudência do STF sobre o controle dos atos administrativos ilegais, tal análise pelo Judiciário não ofende o princípio da separação de poderes.

Da análise dos precedentes transcritos acima, pode-se concluir que o controle judicial do ato administrativo é imprescindível quando o Poder Público age em descompasso com o direito. Não há que se falar em violação à separação dos Poderes, uma vez que a intervenção do Judiciário se dá apenas para corrigir vícios de legalidade da Administração Pública, ou quando esta adota critérios e conceitos desproporcionais ou que se afastem da finalidade pública e dos motivos expressos na legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o controle dos atos administrativos discricionários se mostra indiscutivelmente importante para o mundo jurídico, visto que, embora possuam uma apreciação subjetiva, devem, necessariamente, atender às finalidades legais.

Tendo como pano de fundo o entendimento doutrinário e também jurisprudencial, foi realizada a conceituação e diferenciação dos atos administrativos vinculados e discricionários, e a forma de controle exercido sobre cada um deles, sempre tratando de ressaltar que a liberdade da Administração não absoluta e ilimitada deve obedecer aos direcionamentos da lei.

A possibilidade de controle judicial da Administração é baseada no sistema inglês e também no princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV. A doutrina clássica entendia que o controle devia se ater apenas a critérios relacionados à legalidade, pois o mérito era praticamente insindicável.

As teorias tratadas anteriormente, relacionadas ao controle dos atos administrativos, surgiram com o objetivo de diminuir a discricionariedade da Administração e permitir que o Judiciário adentrasse em questões relacionadas ao mérito. A teoria do desvio de poder é um exemplo. Passou-se a não mais aceitar que o administrador público, sob a cortina da discricionariedade, atuasse desviando-se dos fins legais. A coisa pública não pertence ao administrador público, e por isso sua atuação deve ser balizada na lei.

Outra teoria que tem grande relevância na esfera do controle judicial é a teoria dos motivos determinantes, que condiciona a validade dos atos administrativos aos motivos do ato, de modo que a inexistência ou inidoneidade do motivo, ocasionaria a invalidação dos mesmos.

Não há dúvida, é imprescindível o controle judicial sobre os atos administrativos como meio de fazer o gestor público adotar as melhores soluções diante do caso concreto, ou seja, condutas morais, baseadas nos possíveis benefícios à população e baseadas nas finalidades expressas na lei.

Assim, é possível concluir que houve uma ampliação do papel do Judiciário, baseada no princípio da legalidade, isso ocasionou uma diminuição na liberdade de atuação do administrador público e restringiu o conceito de mérito administrativo. Mesmo assim, resta à Administração uma margem de liberdade para atuar diante do caso concreto. Este ponto merece destaque, pois assim como a liberdade dos gestores públicos não é ilimitada, a atuação do Poder Judiciário deve ser feita com cautela, uma vez que não pode chegar ao ponto de invadir a margem de liberdade reservada pela lei aos gestores públicos, deve ser sempre pautada na busca por ilegalidades.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 1298463 SP 2060373-41.2015.8.26.0000. Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/12/2020, Data de Publicação: 07/12/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1138261063/recurso-extraordinario-re-1298463-sp-2060373-4120158260000/inteiro-teor-1138261071>. Acesso em: 03/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 1806617 DF 2020/0332967-0. Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/06/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230184327/agravo-em-recurso-especial-arep-1806617-df-2020-0332967-0/inteiro-teor-1230184328>. Acesso em: 03/04/2022

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.