

OS ATOS ADMINISTRATIVOS E O CONTROLE JURISDICIONAL: TEORIAS DE AMPLIAÇÃO DO CONTROLE SOBRE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Larissa Orestes Publiese de Moraes¹

RESUMO: O controle jurisdicional dos Atos Administrativos é a possibilidade que tem o Poder Judiciário de apreciar atos que, produzidos de forma unilateral pelo Estado, possa criar, modificar ou extinguir direitos dos administrados ou impor-lhes obrigações. A maior questão relacionada à matéria é o alcance de conhecimento do judiciário sobre tais atos e os limites impostos como proteção da discricionariedade dada pela própria lei aos gestores públicos, para que estes tenham margem de decisão perante o caso concreto. Através da metodologia bibliográfica foi possível esclarecer os limites de atuação judiciária e as teorias que legitimam o controle jurisdicional dos atos administrativos, é possível proteger os administrados que se sintam lesados pelos arbítrios da Administração através do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Atos Administrativos. Controle jurisdicional. Administração pública.

ABSTRACT: Judicial control of Administrative Acts is the possibility for the Judiciary to assess acts that, produced unilaterally by the State, may create, modify or extinguish the rights of the administered or impose obligations. The main issue related to this matter is the judicial authorities' knowledge of these acts and the limits imposed as protection of the discretion given by the law to public managers, so that they have a margin of decision in the concrete case. Through the bibliographical methodology, it was possible to clarify the limits of judicial action and theories that legitimize the judicial control of administrative acts, it is possible to protect the administrators that feel injured by the arbitrations of the Administration through the Principle of non-obviation of Jurisdiction.

KEYWORDS: Administrative law. Administrative Acts. Judicial control. Public administration.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira assegura o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em seu art. 5º, XXXV, desse modo, nenhuma lesão ou ameaça a direito, independente do órgão ou indivíduo que o emanou, deve submeter-se à apreciação. Não é diferente com o Atos Administrativos que, de forma eventual, possa afetar a esfera jurídica de um de seus administrados. Ao adotar o sistema administrativo de jurisdição una, ao invés do contencioso administrativo, o órgão competente para conhecer essas questões e decidi-las com caráter de definitividade é o Poder Judiciário.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A questão torna-se turbulenta quando o Judiciário tem função de interferir em atos administrativos discricionários, aqueles em que é conferida ao gestor público a liberdade de opção dentre várias circunstâncias presentes no caso concreto. Até onde pode o judiciário interferir e quais as teorias que permitem essa intervenção é a discussão a ser travada no presente artigo. Busca-se, assim, assegurar a intervenção judicial como maneira de limitar o arbítrio estatal e, assim, proteger a liberdade dos cidadãos, sem, entretanto, deixar de respeitar o ditame, também constitucional, da separação dos poderes.

Inicialmente serão discutidos conceitos básicos para, em seguida, explanar as teorias que legitimam a apreciação dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, sem interferir, entretanto, no mérito do ato administrativo, consubstanciados na conveniência e oportunidade de realização do ato, porém, para entender que realmente trata-se de mérito do ato administrativo, deve o juiz analisar essa face do ato, para só então dizer que não pode interferir.

1 ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos são atos unilaterais produzidos pela Administração Pública no exercício da atividade administrativa, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos, além da possibilidade de impor obrigações, como, quando a Administração exerce o poder de polícia.

Para o exercício da atividade típica do Poder Executivo, os atos administrativos são dotados de atributos que os instrumentalizam para alcance do interesse público, colocando, assim, a Administração Pública em posição de supremacia, são eles: presunção de legalidade; presunção de veracidade; imperatividade e autoexecutoriedade. Esses poderes, porém, não podem ser utilizados de forma arbitrária, por isso são limitados pela lei (princípio da legalidade).

2 VINCULAÇÃO X DISCRICIONARIEDADE:

Os atos administrativos possuem uma classificação de relevância jurídica e prática no estudo da intervenção do Poder Judiciário. Os atos vinculados são aqueles em que não há margem de escolha para o gestor, pois seu conteúdo já foi previamente estabelecido em lei, esta não dá espaço para opções diversas a serem adotadas. Porém, não é possível que o ordenamento jurídico preveja todas as situações concernentes à atuação administrativa, por isso, “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” (Di Pietro, 2014) Nesse caso, surge a importância dos atos administrativos discricionários.

Os atos discricionários são os que a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público de acordo com o caso concreto, ou seja, são aqueles cuja lei deixa a critério do administrador a escolha, dentre diversas alternativas, da mais adequada à realização da finalidade pública, e, portanto, a que irá alcançar o interesse público. Isto é feito através da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência da prática de determinado ato – é o que se chama de mérito administrativo. A discricionariedade só existe nos espaços deixados pela própria lei. A gestão de interesses da coletividade e deve ser controlada através de instrumentos adequados para evitar a ocorrência de arbitrariedades, ilegalidades e lesões a direitos subjetivos. Pois, no Estado Democrático de Direito, também está a Administração sujeita ao controle jurisdicional, para assim, proteger os administrados do arbítrio estatal.

3 SISTEMA ADMINISTRATIVO DE JURISDIÇÃO ÚNICA

Sistema Administrativo está relacionado ao regime adotado por determinado Estado para controlar os atos administrativos ilegais ou ilegítimos no âmbito da Administração. São dois os sistemas que podem ser adotados: contencioso administrativo e jurisdição única.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição (DI PIETRO, 2014, p.4).

De acordo com o sistema de jurisdição única, só quem exerce jurisdição é o Poder Judiciário, isso não quer dizer que a Administração não possa julgar controvérsias, pode!, mas que exerce tal função em caráter definitivo é o judiciário. Possui como fundamento o art. 5º, XXXV, que estabelece a inafastabilidade da apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaça a direito. Nesse sistema, o Poder Judiciário exerce sobre a Administração o mesmo poder que exerce sobre os particulares.

O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios - de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário (MEIRELLES, 2015).

Desse modo, o administrado ao se sentir lesado pela expedição de determinado ato administrativo deve recorrer ao Poder Judiciário para sua resolução. Porém, não é dado ao Judiciário um controle ilimitado desses atos, apenas é permitido verificar se o gestor atuou em conformidade com o ordenamento jurídico. Nos atos vinculados, não existe restrição ao controle jurisdicional, já que, seus elementos e requisitos são definidos previamente na legislação, cabe ao Judiciário examiná-los para verificar se estão de acordo com a lei, ou para que decrete a nulidade do ato em caso de contrariedade.

Quanto aos atos administrativos discricionários há um campo que não pode sofrer intervenção pelo Poder Judiciário, o mérito administrativo. A análise judicial deve se deter aos aspectos de legalidade e juridicidade, ou seja, se os atos estão de acordo com a lei e com os princípios que regem o Direito Administrativo. Com efeito, a doutrina não admite a interferência do Poder Judiciário no pertinente ao mérito do ato administrativo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 60, § 4º, III).

Neste contexto é feita a definição de mérito administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada à impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 38).

Veja, ainda, a aplicação prática dessa ideia doutrinária perante o Superior Tribunal de Justiça em um de seus julgados:

Não é possível ao Judiciário rever decisão administrativa que indeferiu pedido de reversão de aposentadoria voluntária de servidor do Estado do Mato Grosso do Sul, na hipótese em que a negativa do pedido de reversão foi fundamentada na falta do preenchimento de todos os requisitos previstos na legislação estadual, no caso a inexistência de vaga, porque não restando comprovado que ocorreram arbitrariedades aptas a ensejar a nulidade do ato administrativo discricionário, não compete ao Poder Judiciário analisar a escolha do administrador.²

² STJ, Processo AgRg no RMS 29815 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0119533-1. Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148). Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 14/02/2012

4 EXTENSÃO DE ANÁLISE DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Como citado anteriormente, não há problemas quando da análise do ato vinculado, já que seus pressupostos estão previstos na própria lei, deve, portanto, ser analisado sob o aspecto da legalidade. Já os atos discricionários, devem ser analisados respeitando os espaços deixados pela lei para atuação do administrador ao analisar a conveniência e oportunidade do ato (mérito).

Houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre o exame do chamado mérito. O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial (DI PIETRO, 2014, p. 226).

Com o passar do tempo, algumas teorias foram elaboradas para possibilitar o controle jurisdicional sobre aspectos antes considerados como análise de mérito, são elas: teoria do desvio/excesso de poder; teoria dos elementos do ato; teoria dos motivos determinantes; teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e vinculação dos atos administrativos aos princípios constitucionais (juridicidade).

A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma. (BINENBOJM, 2006, p. 181-182).

5 TEORIAS AMPLIATIVAS DA APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS: TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Esta teoria entende que a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e a existência dos motivos apresentados. De tal modo, que se o motivo apresentado for falso ou inexistente, o ato será inválido. Aplica-se a todos os atos administrativos discricionários e vinculados. Para essa análise, terá, o Judiciário, que analisar os pressupostos de fato e de direito que levaram à expedição do ato. A lei 9.784/99 estabeleceu, em seu art. 50, as hipótese em que os atos deverão necessariamente ser motivados:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I– neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II– imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III.– decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV –

dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício;
VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (BRASIL, 1999).

5.1 TEORIA DOS ELEMENTOS DO ATO

O **sujeito** do ato é sempre vinculado, pois só pode ser praticado por quem a lei tenha atribuído competência para tal, nesse caso, a análise judicial pode dar-se através da apreciação do agente político produtor do ato.

A **finalidade** pode ser estudada a partir de dois sentidos, a saber: em sentido amplo a finalidade é o interesse público; em sentido estrito é a finalidade específica do ato administrativo, o resultado almejado pela Administração Pública que justifica a prática do ato administrativo. De acordo com Maria Sylvia (Di Pietro, 2014), pode-se dizer que a finalidade será discricionária no primeiro sentido, já que normalmente são utilizados conceitos jurídicos indeterminados para caracterizar o interesse público. No segundo sentido, a finalidade específica será sempre vinculada, pois, para cada ato, há uma determinada finalidade, que não pode ser contrariada.

Quanto à **forma**, os atos geralmente são vinculados, já que, a própria lei as define. Em situações em que esteja disponível mais de uma forma para sua execução, trata-se de situação discricionária. No Direito Público a forma é essencial, pois constitui-se como garantia para os administrados, por exemplo, a publicidade de concurso público para que todos tomem conhecimento do certame.

O **motivo** é o elemento do ato administrativo onde mais se localiza a discricionariedade administrativa, consiste nos pressupostos de fato e de direito que antecedem a prática do ato. Se a lei descrevê-lo utilizando situações precisas que não dão margem à apreciação subjetiva, o ato será vinculado, se, ao contrário, não defini-los, deixando a critério e interpretação da Administração, será discricionário. Assim também o será quando a lei trazer conceitos imprecisos e duvidosos que deixam a apreciação à cargo do gestor. Não pode confundir motivo e motivação, esta trata-se da exposição dos motivos que levaram a atuação administrativa.

O **objeto ou conteúdo** é o efeito jurídico imediato que o ato produz, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Para identificar

esse elemento basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe. Para ser válido deve ser lícito, possível, certo e moral. O ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto possível, será discricionário quando vários objetos possíveis à disposição para alcançar determinado fim.

5.2 TEORIA DO DESVIO/EXCESSO DE PODER

O desvio de poder ocorre quando o gestor utiliza sua discricionariedade para alcançar finalidade diversa da fixada pela lei, segundo ensinamento de J. Cretella Jr. (2000, p. 176 - 177) “é o uso indevido que a autoridade administrativa, dentro de seu campo de discricionariedade, faz da potestas que lhe é conferida para atingir finalidade pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara”. O excesso de poder se configura não quando do abuso da discricionariedade, pois o agente não possui nem a competência para expedição do ato, extrapola suas atribuições.

5.3 TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões cujo conteúdo e extensão não apresentam um sentido preciso e objetivo, são exemplos palavras como: interesse público; ordem pública.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Áustria em meados do século XIX, como consequência da necessidade de saber se tais conceitos eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. Mas foram a doutrina e a jurisprudência germânicas que relacionaram, pela primeira vez, a discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados. (ROZAS, 2006).

Conforme lição de Maria Sylvia (Di Pietro, 2014, p. 261), há duas correntes doutrinárias acerca da discricionariedade dada à administração pelos conceitos jurídicos indeterminados. Uma corrente defende que tais conceitos jurídicos não conferem discricionariedade à administração, pois, estando presentes, estes devem ser interpretados em busca de uma única solução possível.

Outra parte da doutrina, com predominância no Brasil, defende que os conceitos indeterminados conferem discricionariedade à medida que trouxerem consigo valores axiológicos, dependentes de apreciação em cada caso concreto, excluídos da discricionariedade aquelas situações em que estejam presentes conceitos de experiência ou técnicos que não

admitem decisões contrárias.

Exemplo de conceito técnico é a aposentadoria por invalidez que, a priori conceito indeterminado, depende de laudo por profissional capacitado, e, atestando-a, fica a Administração vinculada a aposentar, não restando, assim, liberdade de escolha. Os conceitos de experiência são aqueles utilizados de forma corriqueira, que, por isso, adquirem sentido usual, não atribuindo discricionariedade ao gestor.

Inclusive a própria jurisprudência vem decidindo de tal modo, “os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”³.

5.4 TEORIA DA VINCULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No Direito Administrativo, por tratar-se de ramo não codificado, os princípios desempenham relevante papel. Os demais ramos do Direito, em sua maioria, são de competência de criação exclusiva da União, já o Direito Administrativo é produzido por todos os entes, através de leis, decretos, portarias, resoluções, decretos, estatutos. Dessa forma, é um campo do ordenamento que se encontra espalhado, e, como não há codificação, os princípios assumem o importante papel de transmitir coerências às mais diversas formas de emanção do Direito Administrativo.

É de suma importância, também, pois é impossível para lei prever todas as situações em concreto que podem surgir, por isso a discricionariedade existe para que o gestor escolha entre as possibilidades deixadas à disposição pela lei. Mesmo em uma situação discricionária o administrador não está livre para agir segundo as suas vontades, deve sempre guiar-se pelos princípios constitucionais, gerais e administrativos.

Portanto, não apenas a lei limita a atividade do Poder Público, mas os princípios que informam todo o Estado Democrático, decorrentes implícita ou explicitamente da ordem constitucional brasileira. A escolha pela Administração Pública não se atém somente aos ditames legais, mas a todo um conjunto principiológico que informa e sobre o qual encontra-se assentado todo o ordenamento jurídico nacional, e ao qual se submete o Poder Público.

Desse modo, qualquer atividade discricionária que viole qualquer princípio integrante do ordenamento jurídico estará eivada de nulidade, e, portanto, passível de exame pelo Poder

³ STF, RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/11/2004.

Judiciário. Expressa-se um novo vocábulo para tratar da matéria, mais amplo que o princípio da legalidade, o Princípio da Juridicidade determina que a atividade administrativa deve respeitar a lei, mas, também, o direito como o todo, princípios, normas infra legais e, principalmente, a Constituição. O simples cumprimento formal da lei torna-se insuficiente, faz-se necessário, também, o respeito a todos os outros princípios do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se uma tendência atual de ampliação do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, sendo, entretanto, resguardado o mérito do ato administrativo – conveniência e oportunidade – desse modo há o respeito ao princípio da separação dos poderes. O Juiz deve controlar se a Administração pública agiu nos limites da discricionariedade a ela atribuída, sob pena de nulidade dos atos por ela produzidos de forma arbitrária.

Essa possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário se dá em função da jurisdição uma, sistema administrativo adotado pelo Brasil para solucionar situações de ameaça ou lesão a direito, qualquer indivíduo que sinta-se prejudicado pode e deve recorrer à justiça para esclarecimento acerca das situações de fato e direito atinentes a sua esfera jurídica.

Com a Constitucionalização dos direitos, amplia-se a atividade de controle jurisdicional, visto que, a discricionariedade passou a ser vinculada não apenas à lei em sentido estrito, como também ao direito (princípio da juridicidade), o que abrange os princípios que embasam o sistema jurídico vigente, desta forma, mesmo que tenham diversas possibilidades de escolha em determinado caso concreto, mas só uma delas demonstre-se razoável e conforme os princípios constitucionais, a discricionariedade será reduzida a zero. Portanto, a análise sobre o grau de discricionariedade que possuía a Administração deve ser feita pelo juiz ao analisar a lei que deu a discricionariedade ao gestor, não pode apenas dizer que trata de mérito para não conhecê-la, pelo contrário, deve analisar de forma profunda para chegar à conclusão se realmente se tratava de mérito ou não.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Lei nº 9.784, de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 fev. 1999. Seção 1, p. 41.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8715>>. Acesso em: 22 abr. 2017.