

ISABELLA SANGI DA COSTA

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO**

Rio de Janeiro
2022

ISABELLA SANGI DA COSTA

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-graduação em Gestão Pública do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Orientadora: Rosangela Marina Luft

Rio de Janeiro
2022

CIP - Catalogação na Publicação

C837c Costa, Isabella Sangi da
Controle judicial do ato administrativo
discricionário / Isabella Sangi da Costa. -- Rio
de Janeiro, 2022.
24 f.

Orientadora: Rosangela Marina Luft.
Trabalho de conclusão de curso (especialização) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto
de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, Gestão
Pública, 2022.

1. Administração pública. 2. Controle de
constitucionalidade. 3. Ato administrativo
discricionário. 4. Poder judiciário. 5. Poder
executivo. I. Luft, Rosangela Marina , orient. II.
Título.

ISABELLA SANGI DA COSTA

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-graduação em Gestão Pública do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA



Rosângela Marina Luft (UFRJ/IPPUR) – orientadora e avaliadora

Claudia Carvalho Paiva (UFRJ/IPPUR) – avaliadora

DEDICATÓRIA

Dedico a todos que me auxiliaram, participaram e me incentivaram, direta ou indiretamente, durante toda a vida.

AGRADECIMENTOS

À minha doce mãe, sempre incentivadora em meu aprendizado, com infinito amor.

RESUMO

Apesar da diferenciação das espécies dos atos administrativos e de certa classificação destes, o intuito do presente trabalho foi de mostrar opiniões específicas sobre o tema, similares ou opostas às dos administrativistas, sinalizando que ao revés do que se acredita sobre a temática dos atos administrativos, não há um consenso na doutrina ou na jurisprudência brasileiras sobre os limites da atuação do Poder Judiciário frente à atuação do gestor público. Assim, o estudo expõe que as políticas públicas governamentais são implementadas por intermédio dos atos administrativos, e que estes podem sofrer controle também através da via judicial, e que por muitas vezes acarreta exacerbante protagonismo do Poder Judiciário sobre as decisões da Administração, sob justificativa de controlar o autoritarismo ou equívocos do gestor público. O presente artigo foi elaborado através de revisão bibliográfica e jurisprudencial no que tange ao tema da atuação administrativa pública em busca dos interesses da sociedade, com foco no controle judicial do ato discricionário da Administração.

Palavra-chave: ato administrativo discricionário; controle judicial; Administração Pública, conveniência e oportunidade; Poder Judiciário; Poder Executivo.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. Poder discricionário: LIMITES e relevância do mérito administrativo	8
3. Controle dos atos administrativos	10
3.1 Controle administrativo	11
3.2 Controle judicial	12
3.2.1 teorias que justificam o controle judicial de atos administrativos	13
3.2.2 condições da sindicabilidade judicial do ATO ADMINISTRATIVO	15
4. Conclusões	17
Notas explicativas	19
Referências	21

1. INTRODUÇÃO

Atos discricionários são os atos administrativos que a Administração pode praticar com escolha de seu conteúdo, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. Nesse ato, a Administração possui margem de liberdade para valoração dos motivos e para a escolha do objeto, segundo os critérios de conveniência e oportunidade. “Os demais elementos do ato administrativo discricionário (competência, finalidade e forma) estarão sempre vinculados (subordinados à lei)”. (DEUS, 2018, p. 372).

Mas, como observa DEUS, “o Direito não admite, portanto, que a mera “birra” sirva de fundamento para a manutenção de ato administrativo discricionário considerado contrário ao interesse público pela própria Administração editora do ato” (2018, p. 338).

O presente trabalho dedica-se, deste modo, a estudar a apreciação e controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos discricionários realizados nos casos de violação aos direitos fundamentais, de inércia injustificável do poder público, promovendo a investigação, a apuração e o julgamento, baseando-se nas premissas da igualdade e universalidade das leis e nos princípios constitucionais.

De tão controverso que é, não há aqui a intenção de esgotar o tema, nem de resolver questões ainda imprecisas no Direito Público.

Há ainda a dificuldade de se estabelecer as possibilidades e os limites entre a competência discricionária e o controle de interno ou externo a Administração Pública, além dos critérios de conveniência e oportunidade utilizados pelo administrador, conforme expõem divergências entre os administrativistas.

No caso brasileiro, a recepção da distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade ocorre como afirma Adeodato: “São opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal (...)” (2002, p. 280). Por isso, entende o autor que é difícil definir onde finaliza a interpretação da norma e começa a discricionariedade presente nesta.

No entanto, a via judicial se tornou importante meio para que sejam concretizadas as regras e os princípios constitucionais quando da ineficiência, da omissão ou do desrespeito à juridicidade por parte da Administração.

Pretende-se, portanto, demonstrar a possibilidade de atuação do Judiciário na análise dos atos discricionários, a partir da revisão de literatura e de decisões judiciais, os quais tratam da indefinição dos conceitos-chaves para a jurisprudência e para a doutrina brasileiras, que podem gerar um descontrole da atuação do Judiciário sobre as ações e decisões dos administradores públicos quando da iminente substituição da decisão do gestor pela análise deste poder, já que os limites são tênues.

Nos próximos itens serão abordados: a relevância do mérito administrativo e os limites da discricionariedade; a possibilidade de controle dos atos administrativos; as omissões do Poder Executivo e a sindicabilidade judicial.

2. PODER DISCRICIONÁRIO: LIMITES E RELEVÂNCIA DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Para Hely Lopes Meirelles, “ato administrativo é 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” (2010, p. 173).

Ricardo Alexandre diz que o ato administrativo é espécie de ato jurídico que é praticado necessariamente pela Administração Pública, por intermédio de agente público ou de agente privado investido de prerrogativas públicas; deve ter como objetivo mediato ou imediato a satisfação do interesse público; e é praticado sob o regime jurídico de Direito Público (2018).

Para que o ato administrativo seja válido, seu objeto deve ser lícito (conforme a lei), possível (suscetível de ser realizado), certo (determinado ou pelo menos determinável quanto aos destinatários, efeitos, tempo e ao lugar) e moral (conforme os padrões aceitos como justos e éticos).

Os atos administrativos são qualificados como discricionários ou vinculados. Ambos são formados por cinco elementos específicos, os quais são requisitos para sua existência, validade e/ou eficácia: competência, finalidade, forma, objeto, motivo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) expressa ato discricionário como “ato praticado no exercício de competência discricionária”. Este depende de avaliação do administrador quanto à conveniência e à oportunidade para sua expedição, seguindo critérios consideráveis de justiça e equidade, dentre outros fatores fundamentais durante o exercício de autoridade, mas que foram deixados em aberto na legislação.

Já os atos vinculados tratam de uma prévia e objetiva tipificação legal de um possível comportamento previsto a ser aplicado pela administração perante a situação concreta, em tese, não tendo margem para apreciação subjetiva do gestor público.

A principal diferença entre eles é que, no ato vinculado, o administrador dispõe de ínfima ou nenhuma liberdade de decisão, uma vez que a lei previu os aspectos comportamentais a serem adotados pelo agente público. Enquanto no ato discricionário há certa margem de liberdade para adoção da melhor decisão na concretização do interesse público, ainda que restrita à lei ensejadora superior.

Em tese, o ato vinculado possui todos os seus elementos - competência, finalidade, forma, objeto, motivo – previamente determinados na legislação que autoriza sua expedição; assim, mesmo, em caso de vício em apenas um deles, estará apto a se submeter ao controle jurisdicional. Já o ato discricionário, ao contrário, não tem sua delimitação integral na norma e o agente tem de analisar a hipótese de incidência e os critérios. É o próprio agente público que avalia a melhor escolha de atuação, sempre considerando os princípios administrativos e dentro da sua liberdade de atuação deixada no vão da lei.

De qualquer modo, o ato discricionário tem alguns dos seus elementos previamente determinados, sendo normalmente o motivo e o objeto passíveis de interpretação, as quais demandam a ponderação¹ do mérito administrativo.

A discricionariedade não se traduz num tipo de poder; tem-se que é mais uma prerrogativa concedida ao gestor público, objetivando a resolução conforme a realidade do caso concreto em si, já que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado afirma que a atuação superior da Administração Pública frente aos interesses particulares deve se apresentar consciente e consistente, cheia de

razoabilidade na escolha de um dentre alguns comportamentos cabíveis para atingir a finalidade legal, através da solução mais adequada.

Conforme Mello (2010, p. 1000):

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger segundo critérios coerentes e proporcionais, 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 situação vertente.

Porém, a discricionariedade não é absoluta e deve ser exercida respeitando os princípios que regem a Administração Pública e atender às demandas dos administrados; caso contrário, será passível de controle interno e/ou externo. É uma técnica usada pelo legislador para que o gestor público possa decidir quanto à solução mais adequada, dentro da finalidade legal, já que este é o agente em contato direto com as necessidades sociais concretas.

A discricionariedade pode advir de opções expressas na lei, mas geralmente ocorre pela existência de conceitos jurídicos indeterminados ou ainda pela impossibilidade lógica que o legislador tem de prever todas as formas de atuação administrativa.

Quando há o comando normativo expresso na norma jurídica, e mesmo assim há discricionariedade permitida pelo legislador, o agente público tem alternativas de conduta no que se refere a expedir ou não o ato, por exemplo, a apreciar a oportunidade adequada para essa expedição, ou para decidir o conteúdo que revestirá o ato, ou ainda a providência mais satisfatória para a circunstância.

3. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle, na Administração Pública, não é apenas um procedimento, mas um princípio jurídico derivado das estruturas escalonadas nas quais os órgãos e entidades públicas se estruturam e das previsões constitucional e infraconstitucional de diferentes mecanismos de controle interno e externo. O controle dos atos administrativos pode ser feito antes, concomitante, ou após estes serem realizados; interna ou externamente à estrutura da própria Administração Pública expedidora do ato. O controle mais comum é a via administrativa. É o controle feito dentro da própria estrutura da Administração Pública em sentido estrito: o Legislativo controlando seus próprios atos administrativos; o Executivo os seus próprios atos; e o judiciário também, já que cada ente do poder público é dotado de uma administração interna independente dos demais com poder de decisão e alcance dos objetivos a que se propõe; é a autotutela.

A saber, conforme propõe Meireles (2010, p. 801) o controle interno é:

[...] todo aquele que o executivo e os órgãos da administração dos demais poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da Lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.

E, também, Di Pietro (2017, p. 971) afirma:

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela (Administração) exercem os órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que são impostos pelo ordenamento jurídico.

Porém, no presente trabalho, o enfoque é na espécie de controle que a Administração sofre chamado controle judicial. Este deriva do poder de fiscalização do Judiciário sobre os atos administrativos emitidos pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo próprio Judiciário como estrutura interna, ocorrendo normalmente após a expedição do ato.

O estudo tem o seu bojo voltado para o ato administrativo em si, suas definições imprecisas quanto à discricionariedade e à vinculação, perpassando pelo período de grande descrédito por parte da sociedade quanto às instituições políticas e ao poder público no Brasil, explicando de forma sistêmica os elementos do ato, o mérito administrativo, as formas de extinção dele, os vícios e nulidades, bem como as formas de controle possíveis com observância aos princípios administrativos constitucionais, vinculando à separação de poderes determinado na Carta Magna. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo investigar como ocorre esse controle, demonstrando a necessidade de que o mérito administrativo seja apreciado de forma articulada com os princípios jurídicos.

3.1 CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é aquele decorrente de atividades administrativas do órgão que as realiza, que se apresenta como uma função gerencial. Ele ajuda a verificar erros e a tomar medidas de correção, bem como minimizar o desvio dos padrões e alcançar os objetivos estabelecidos.

Conjugados ao exercício do controle administrativo estão os princípios e as normas basilares da Administração Pública explícitos, como o LIMPE - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade eficiência -, bem como princípios implícitos existentes em todo o arcabouço da legislação brasileira (ex: proporcionalidade e razoabilidade). E quanto maior é a máquina pública, maior e melhor deve ser o controle administrativo e mais dinâmica e possível a intervenção da população sobre a estrutura pública.

A Administração aprecia e controla as ilegalidades e a conveniência e oportunidade dos seus atos através do exercício da autotutela - espécie de controle interno. Na autotutela é possível, em regra, que o controle incida não só sobre situações de ilegalidade, mas também de discricionariedade, ou seja, a autotutela admite o controle do mérito administrativo. De acordo com a Lei 9.784/99, art. 54², há a previsão temporal limite de até 5 anos para o desfazimento ou revisão do ato administrativo.

No que diz respeito à administração indireta, o Estado não institui uma entidade administrativa que não se submeta a alguma espécie de controle; por isso, o princípio do controle significa que essas entidades administrativas, mesmo com sua autonomia, estão sempre vinculadas ao ente federativo respectivo, através da supervisão ministerial (art. 84, II, da CRFB c/c art. 4.º, parágrafo único, do DL 200/1967).

Conforme Rafael Carvalho Rezende, não é hierarquia, mas sim vinculação (também chamada de controle ou tutela) dos entes centrais para com as entidades administrativas (2020). Este tipo de controle do ente em relação à administração indireta é denominada tutela.

A tutela e a hierarquia são espécies de controles administrativos com três diferenças básicas: a primeira, diferentemente da segunda, não se presume (depende de previsão legal); a tutela pressupõe a existência de duas pessoas jurídicas, onde uma exerce o controle sobre a outra (fruto da descentralização administrativa) e a hierarquia ocorre dentro de uma mesma pessoa jurídica; e a tutela é condicionada pela lei, só admitindo os instrumentos de controle expressamente previstos em lei.

O controle exercido pelos entes centrais nas entidades administrativas vinculadas pode ser das seguintes espécies:

a) controle político: os dirigentes das entidades administrativas são escolhidos e nomeados, livremente, pela autoridade competente da Administração Direta.

b) controle administrativo e finalístico: as entidades administrativas devem atender as finalidades que justificaram a sua instituição e que constam da respectiva legislação.

c) controle financeiro: as contas das entidades administrativas serão controladas pelos órgãos competentes, notadamente o Tribunal de Contas;

d) controle jurídico: o órgão da advocacia pública (AGU, PGE e PGM), que exerce função essencial à Justiça (art. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle jurídico do respectivo ente federativo e de suas entidades da Administração Pública Indireta, que é implementado por meio de atuação consultiva e de representação judicial das referidas pessoas jurídicas, garantindo, inclusive, a coerência na ação estatal.

José Santos de Carvalho Filho (2015 p. 982) afirma que o controle administrativo possui três objetivos: o de confirmar os atos da administração como legítimos e adequados; o de corrigir o ilegal ou inconveniente; ou ainda, a alteração por meio da qual se ratifica uma parte do ato e retifica a outra. Assim ele é feito através de instrumentos jurídicos hábeis como o controle ministerial. O controle do tipo ministerial - a supervisão ministerial – é os ministérios fiscalizando os órgãos dentro de sua estrutura administrativa na hierarquia - conforme a Teoria do Órgão -; e, também, quando aqueles coordenam as instituições da Administração Pública Indireta sob seu “guarda-chuva”, mas apenas por meio da vinculação, de acordo com o Decreto-Lei nº 200/67.

3.2 CONTROLE JUDICIAL

O controle é intitulado externo quando um poder – ou quase-poder – controla outro poder. Dentre os controles externos possíveis, o mais recorrente é o controle feito pelo Poder Judiciário que ocorre mediante provocação. É uma verificação de conformidade da atuação administrativa com o intuito de impedir que os agentes públicos desvirtuem o objetivo do interesse público, e que o desvinculem das diretrizes legais.

Ocorre que no Estado Democrático de Direito, é princípio fundamental a separação de poderes, que hoje se traduz mais como divisão de funções, onde há controle, fiscalização e coordenação recíprocos. E, nessa linha, exige-se uma

distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude das suas estruturas orgânicas, a legitimação democrática, os meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., sobretudo para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas.

Para Herzog, o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma “qualidade material pelo menos igual” à da decisão administrativa que se pretende corrigir. Krell (2004 apud Herzog, 1992, p. 2603)

Por fim, resta constatar que merece preferência uma graduação do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a consequência de que os tribunais devem respeitar mais as decisões administrativas sobre certas matérias. Krell (2004 apud Häberle 1970, p. 604)

Então, o que justifica e até onde é possível levar o controle judicial dos atos administrativos?

3.2.1 TEORIAS QUE JUSTIFICAM O CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Seguindo o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser apreciada pelo juízo competente.

De acordo com doutrinadores mais antigos, o Poder Judiciário não tem liberdade de apreciar escolhas dos gestores públicos em relação à conveniência e à oportunidade; já em relação ao mérito administrativo, somente pode apreciar a legalidade dos demais requisitos deste ato. Contudo, essa teoria vem sendo modificada, conforme veremos mais adiante.

Consonante ao que foi dito, apenas o ato administrativo discricionário possui seus elementos motivo e o objeto passíveis de apreciação pelo gestor na sua expedição. Antes da Constituição Federal de 1988, acreditava-se que o judiciário não poderia examinar o mérito dos atos administrativos. E, assim, a revisão daqueles atos exarados à época era negada sobre a argumentação de incompetência jurisdicional para tal análise, conforme diz a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 297):

O mérito se trata de vocábulo consagrado no Direito brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. [...] 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. [...] Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele simplesmente se eximir do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito.

Atualmente, o Judiciário não pode alegar matéria de mérito a fim de não revisar o ato administrativo. O juiz interpreta a norma perante o caso concreto, e só então poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública e se esta se guiou pelos princípios constitucionais nas suas escolhas. Assim, detectando as várias opções legais convenientes que poderiam ser adotadas pela Administração, caso dentre estas tenha sido escolhida, o juiz não poderá, em regra, anular o ato. Contudo, se nessa escolha o administrador não atuou de modo a ponderar de forma adequada os princípios e condições envolvidas, esse controle poderá ocorrer.

Deste modo, temos muitas teorias a justificarem o controle judicial do ato administrativo discricionário quanto ao mérito.

Em primeiro, tem-se a *Teoria do desvio de poder* que examina a finalidade do ato para atendimento ao interesse público. Esse desvio é detectado quando a autoridade busca fim diverso do fixado pela lei, diverso do que se caracterizaria como público.

Como o bem-estar coletivo é intrínseco ao papel da administração como um todo, enquanto o interesse individual refere-se à autonomia de vontade, a vontade do administrador público como indivíduo não pode ser levada em consideração, muito menos colocada em prática; seria o uso de interesses escusos ao atendimento do interesse público, conforme dita a lei.

Em segundo, tem-se a *Teoria dos motivos determinantes* que considera os motivos de fato e de direito que geram o ato. Assim, a motivação de um ato aponta o motivo para aquela decisão, e caso o motivo seja inverídico ou até inexistente, o Judiciário deve decretar a ilegalidade dessa motivação, de consequência, dos efeitos do ato normalmente de forma *ex tunc*, ou seja, retroativamente.

Atenta-se que essa teoria dos motivos determinantes é aplicada para os atos vinculados e também para os discricionários motivados. Além disso, nos casos em que a motivação é feita por mais de um motivo determinante e, ao menos um desses motivos é verídico, o ato não necessariamente será anulado; o Poder Judiciário deverá apreciar os pressupostos de fato e as provas da ocorrência fornecidos pelo administrador, e se há compatibilidade com a situação real.

Existe, ainda, a *Teoria dos conceitos jurídicos indeterminados* que se relaciona aos conceitos passíveis de interpretações, e por isso passível também de análise do Judiciário. Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões presentes nas normas jurídicas sem exatidão de sentido, permitindo ao aplicador da lei atribuir significado valorável, diante das diretrizes da norma, com noções vagas e vocábulos plurissignificativos a exemplo de "moralidade pública", "bons costumes" e "interesse público".

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso "normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins" (2018, p. 460).

Assim sendo, a interpretação muitas vezes não é suficiente para excluir a indeterminação do conceito e por isso a administração pública encontra mais de uma significação possível, mas sem abrir mão do princípio do razoável.

Na hipótese de conceitos jurídicos indeterminados, tem-se difundido a teoria da margem de apreciação, desenvolvida por Otto Bachof, adotada pelos tribunais europeus, reconhecendo que, nesses casos, o legislador deixa um âmbito de decisão ao administrador para que este a tome rigorosamente dentro deste espaço assim aberto. Se isso ocorrer, a decisão deverá ser aceita pelos tribunais como matéria exclusiva da Administração, mas, em contrapartida, os órgãos judiciários terão a faculdade de controlar se os limites deste espaço foram respeitados (isso, se não ocorreram vícios de irrealidade e de irrazoabilidade que os tisne irremediavelmente). (Neto, 2014,p.343)

Por outro lado, caso os elementos do ato sejam objetivos, permitindo a delimitação clara diante da norma legal, configurando apenas solução única para o gestor público, o conceito indefinido não acarretará a discricionariedade. Como exemplo a doutrina cita o afastamento de ofício de um funcionário público em situação de incapacidade profissional. Sendo o único profissional hábil para confirmar tal condição o próprio técnico do assunto - e não um mero gestor público fazendo uso de critérios subjetivos - aquele define que o servidor se encontra incapacitado para determinada atividade laboral, não podendo o gestor exercer a discricionariedade, nessa circunstância.

Outra teoria fundamental é a da *constitucionalização de princípios da Administração*, que limitou a discricionariedade administrativa e ampliou a possibilidade do controle judicial nesses atos. Ela diz que o ato administrativo em si tem sempre que se basear nos princípios e valores previstos expressos ou implícitos na Constituição para se chegar a uma decisão. A lei maior deve ser totalmente respeitada, não sendo somente uma carta de intenções, mas sim norma a produzir efeitos desde o momento de sua elaboração pela constituinte.

Essa teoria apresenta a limitação da discricionariedade do gestor público, bem como a ampliação do poder de controle do Judiciário sobre os atos administrativos discricionários.

3.2.2. CONDIÇÕES DA SINDICABILIDADE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O foco agora é as condições a serem consideradas pelo Poder Judiciário ao intervir na margem de liberdade concedida à Administração Pública através da discricionariedade administrativa, no atual cenário brasileiro.

Historicamente, as monarquias absolutistas possuíam um direito ilimitado para administrar e o poder pertencia ao monarca. Nenhum instrumento legal existia para habilitar questionamentos ou recursos às decisões deste. “Os súditos ficavam à mercê do monarca, não dispoño de qualquer medida judicial a ele oponível”. (Di Pietro, 2017, p. 41). “Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”. Mello (2010, p. 47)

Ao longo do tempo, o Estado passou por outros regimes jurídicos como na Teoria do Fisco - onde o patrimônio público não pertencia ao príncipe nem ao Estado, mas ao próprio fisco e tinha personalidade de Direito Privado. Com efeito, muitos atos da Administração puderam ser alcançados pela lei e conseqüentemente pela possibilidade do controle judicial.

Já no Estado de Direito, as normas editadas pelo Estado não podem impor obrigações somente aos administrados, o Estado não pode ficar acima da ordem jurídica, conforme afirma Luciano Ferreira Leite (1981, p. 15): Não cabia a arbitrariedade do príncipe, pois é esta ordem oposta à intenção de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, os direitos fundamentais nesse tipo de Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz: “Exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal”. (2010, p. 47)

A fonte do Direito passou a ser a vontade do povo, pelo menos em tese, e o Poder Executivo foi substituído pelo Legislativo para a função de elaborar as normas legais.

Assim, os diversos litígios entre indivíduos, incluindo entre autoridades, passaram a poder ir ao contencioso. E na França do século XIX, por exemplo, o recurso contra o excesso de poder começou a ser praticado pela via judicial frente aos atos discricionários administrativos. Não deveria haver mais prerrogativas especiais, discricionariedade ilimitada como ocorria no Estado de Polícia, que é anterior ao Estado de Direito.

A Administração então passa a só poder fazer o que a lei permite, numa espécie de vinculação positiva dos seus atos com a norma vigente. A discricionariedade administrativa sob a óptica kelseniana tinha que ser explicada dentro do sistema jurídico emanado através da norma legal, conforme Di Pietro (1991).

Odete Medauar (2012) afirma que o Judiciário possui um papel de contrapeso no controle entre Poderes, dentro dos parâmetros da CF/88, e aponta o valor dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público.

O Direito Administrativo tem origem no Direito Francês do século XIX, nele o ato administrativo inicialmente se restringia aos vícios de competência e de forma do ato; só depois passou a ser controlado também nos casos de desvio de poder pelos tribunais.

Após isso, no período imperial, passamos a ter o Conselho de Estado que cuidava do contencioso administrativo. E em seguida, na República, com sua Constituição em 1891, esse tipo de contencioso foi extinto, passando a ser essa função de competência dos Tribunais Federais, e o Estado passando a ser somente parte do processo. Assim permanece até os dias de hoje durante todas as Constituições Brasileiras subsequentes.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 passa a trazer em seu bojo, de forma minuciosa, princípios e regras sobre Administração Pública, elevando-os à condição de garantia dos administrados. Trata-se de nova fase para o Direito Administrativo brasileiro. Correia (2012, p. 1312)

O tema controle judicial dos atos administrativos discricionários é de relevância primordial visto que se não puder controlar a discricionariedade administrativa não se poderá controlar a própria atividade estatal e todas as mudanças previstas na nossa Constituição perderão normatividade.

A discricionariedade constitui a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais, reforçando a ideia de que os direitos individuais devem ser entendidos como um balizador legítimo para as decisões do Poder Executivo, tendo como um de seus desdobramentos o controle jurisdicional dos atos administrativos. (Di Pietro, 1991, p. 14)

A vinculação da administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais à atividade discricionária da administração, não pode deixar de respeitar os limites que acenam os direitos fundamentais. (Mendes; Branco, 2017, p. 147)

A competência e a forma, o fim, a apreciação dos fatos e os conceitos jurídicos indeterminados, tudo isso pode ser definido como limite, frutos de uma construção histórica, a discricionariedade administrativa, afirma Di Pietro. (1991, p. 134) Hoje não apenas os princípios constitucionais, mas também outros princípios específicos como o da moralidade, da eficiência e, sobretudo, da razoabilidade e da proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa pelo Judiciário.

"A valoração subjetiva, realizada pela Administração Pública ao praticar o ato administrativo discricionário necessita ser feita dentro do razoável, ou seja, em conformidade com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável e adequado perante a lei". Di Pietro (2017, p. 301)

A doutrina nem sempre se encontra concordante no tema. Enquanto José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmam que a supremacia do interesse público é o alicerce do direito público, os doutrinadores Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm se posicionam contrários, afirmando que este muitas das vezes se opõe ao direito fundamental do administrado, servindo como trunfo para autoridades públicas ferirem os direitos fundamentais durante sua gestão.

Uma das categorias forjadas desde a origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, são patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais. Binenbojm (2008, p. 55)

Esse mesmo autor deseja aludir a intangibilidade do mérito administrativo como forma de incontrolabilidade para as escolhas públicas e, conseqüentemente, para os atos administrativos, ou seja, são espaços abertos para o gestor público agir escolhendo quaisquer das opções admissíveis no Direito.

A discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Binenbojm (2008, p. 33)

Canotilho et al (2013, p. 1421) indagam se a omissão na prática dos atos propriamente administrativos, vindo de índole não normativa, poderia ser objeto da ADI por omissão; os autores concluem que ali no artigo 103, §2º, há menção expressa do termo "órgãos administrativos".

Com isso, conclui-se que a Suprema Corte deve sim olhar as omissões da administração frente aos direitos individuais, constitucionais na execução das atividades públicas, especialmente das administrativas.

Declarada inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada a ciência ao poder competência para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em 30 dias. (Brasil, 1988)

Por não haver predefinição estática da controlabilidade judicial, o administrador possui maior ou menor grau de vinculação à juridicidade, a depender do caso concreto, e deve fazer uso da técnica da ponderação para esse controle da discricionariedade, juntamente com a participação dos administrados, frente à adequação, à necessidade e à proporcionalidade.

Conforme Martins (2020) diz, dentre as possíveis condições que os juízes devem considerar durante o controle de discricionariedade estão: se o ato do gestor produziu efeitos jurídicos, se é possível desconstituir esses efeitos, se o ato foi editado com boa-fé e favorável ao administrado, se há possibilidade de correção do vício, ou invalidação, ou até mesmo a necessidade de edição de novo ato. O difícil saber é qual posicionamento jurídico tomar diante da invalidade do ato.

4. CONCLUSÕES

A dicotomia entre atos vinculados e a atos discricionários permanece. Se em um o grau de objetividade não permite liberdade de escolha, no outro, essa liberdade de escolha necessita das normas infraconstitucionais a fim de homogeneizar o exercício dessa discricionariedade e, ainda assim, acaba demandando um trabalho de interpretação e ponderação concreta pelo administrador.

Contudo, hoje já se sabe que essa distinção entre os dois tipos de atos é uma linha tênue, uma vez que ambos possuem certo grau de discricionariedade, não bastando apenas aplicar a lei nua e crua.

A discussão sobre o tema dessa divisão binária tem se tornado cada vez mais complexa. Tem-se que a interpretação da norma é uma atividade dependente da manifestação da vontade do gestor público, e por isso o controle judicial encontra campo de atuação como "última palavra".

Apesar disso, o Poder Judiciário não deve substituir a interpretação do gestor; apenas exercer uma autocontenção quando forem atos próprios do Judiciário, e discernir se o ato administrativo discricionário teve fundamentação razoável, interpretação plausível, e se não houve indícios de ilegalidade.

No tema discricionariedade, há teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos, metodologias e dificuldades na compreensão dos

problemas. Muitos juristas adotam a jurisprudência tradicional e costumeira que, com a classificação às vezes ultrapassada, não garante solução do caso concreto.

No Brasil também não há esse consenso nem no plano doutrinário, nem no plano jurisprudencial. Os administrativistas divergem nessa discussão; mas é possível observar a evolução do interminável debate, já que ela acompanha o desenvolvimento do Estado de Direito e do Constitucionalismo. As condições históricas, políticas, socioeconômicas e culturais interferem diretamente como a jurisprudência e a doutrina vão se apresentar.

Essa abertura normativa com razões materiais para existir deve ser sindicável pelos tribunais, e o legislador sempre a vai conceder num maior ou num menor grau de discricionariedade, devido a dois fatos: aos conceitos jurídicos indeterminados, como já dito antes, e à concessão de discricionariedade, que apesar de serem dois termos diferentes, são muito próximos no objetivo.

Segundo Eros Grau (Crítica da discricionariedade..., 1995, p. 331), o juiz teria de apurar: a) se o ato se insere no quadro (na moldura) do Direito; b) se o discurso que o justifica se processa de maneira racional; e c) se ele atende ao código dos valores dominantes. No entanto, essa solução genérica não leva em consideração os diferentes graus de densidade do controle judicial, de acordo com o tipo de conceito indeterminado empregado (v.g.: juízos de valor, avaliações pessoais, provas e exames, prognose, planejamento etc.); vide também: Schulze-Fielitz, Helmuth. Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte..., 1993, p. 774ss. (KRELL, 2014, p. 199)

No direito positivo brasileiro, não se encontra limites do controle jurisdicional diante da discricionariedade concedida pelo legislador ao gestor público.

Na visão de doutrinadores alemães, tem-se que o legislador apenas habilita a administração a completar ou aperfeiçoar no caso concreto a norma em aberto. A excessiva reserva legal, menosprezaria a legitimação democrática dos outros órgãos do Estado, desequilibrando a balança dos poderes e a separação destes.

Mesmo assim, não se deve ignorar que tanto ato discricionário como vinculado possuem a mesma natureza, tendo apenas o grau de liberdade de decisão diferente. Conforme Mello (2010, p. 984) critica:

É a falta desta necessária precisão conceitual o que leva a inúmeras e desnecessárias confusões provocadas pela simplificada linguagem vertida na fórmula "ato discricionário" e "ato vinculado". Com efeito, através dela desperta-se a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas supostas categorias antagônicas.

Ainda afirma: "resulta o daníssimo efeito de arredar o poder judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais". (KRELL, 2004, p. 9)

"Vinculação e discricionariedade se entrelaçam" em vários aspectos. O combate ao nepotismo, ao clientelismo, à corrupção justificam muitas das vezes o controle jurisdicional sobre o ato administrativo. (KRELL, 2004, p. 9)

Se os ideais humanistas estão presentes nas renovações das Constituições mais modernas, fortalecendo os direitos fundamentais, limitando e legitimando a atuação do Estado, a interferência na atuação do gestor público é inevitável, uma vez que o interesse público o obriga a seguir um ponto mediano em suas decisões, a fim de alcançar um resultado ótimo e legítimo no caso concreto, mesmo que muitas das vezes, nem a própria Constituição, nem a Lei expressam o juízo de ponderação.

Num dado momento, o Direito passou de um conjunto de normas jurídicas para uma ordem objetiva de valores, no neoconstitucionalismo, na Teoria de ponderação, o legislador fixa no plano abstrato meios de concretização. Mas, na falta deles, a Administração deve atuar ou, se necessário, ir contra a Lei. A regra do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42, introduzida pela Lei nº 13.655/18 é: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Assim, a visão jurídico-funcional indaga se o órgão é adequado para a decisão do caso concreto, em sua composição, em sua legitimação.

Considerando a incapacidade funcional para programar materialmente as melhores decisões da atividade administrativa, o legislador prevê uma programação procedimental, que aparece mais ainda em sociedades periféricas, como ocorre no Brasil onde o sistema administrativo se vê na posição de legitimar suas decisões para aliviar o sistema político responsável.

Há ainda a grande dificuldade de especialização dos juízes em áreas do direito, e muitas das vezes um juiz singular na sua comarca acostumado a decidir casos específicos de contrato de aluguel se vê na posição analisar um caso ambiental.

No viés do mundo, a doutrina moderna estimula a ampliação do controle judicial dos atos administrativos discricionários, já a doutrina brasileira defende a ampliação do controle jurisdicional enquanto a jurisprudência defende autor-restrição.

No entanto, frisa-se fortemente que em países onde há um controle judicial dos conceitos legais indeterminados, também há o perigo de substituição da administração decidindo pelos tribunais. São os indícios da indevida tutela da administração pelos tribunais.

Não é que a restrição do controle dos atos administrativos por parte dos tribunais seja o melhor caminho, contudo temos que considerar que a alta especialização técnica e a transferência do Poder de decisão para os juízes podem provocar um equívoco sem igual para as decisões finais relacionadas ao interesse público e à democracia.

NOTAS EXPLICATIVAS

1 O processo de aplicação deste método da ponderação se desenvolve em três fases: na primeira – da identificação aplicativa – de nem se quais os princípios incidentes em tese sobre a hipótese considerada; na segunda – da valoração aplicativa – se vai indicar a prevalência, em tese e em que grau se daria, de um princípio sobre o outro; e, na terceira – da avaliação do menor prejuízo – se decidirá qual a importância mínima e o valor relativo que se atribuirá, na hipótese considerada, àquele princípio que, como resultar do exame, deverá ser o mais sacrificado.

2 Esta Lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal cujo dispositivo declara: O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

REFERÊNCIAS

Adeodato, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2002

Aragão, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Ano 10 n. 42 p. 1-252 out./dez. 2010.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo. Saraiva. 2018.

Binenbojm, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de arranjos e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre reforma do Estado*, Salvador, n 13, mar/abr/mai. 2008.

Canotilho, J.J.G.; Mendes, G. F.; Sarlet, I. W.; Streck, L. L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo. Saraiva. 2013.

Correia, Fabíola Samara Brito. Interesses Públicos versus interesses privados – Divergências Nas Doutrina Brasileira. *RIDB*. V. 1, n. 3, p. 1295-1337. 2012.

Deus, Ricardo Alexandre João de. *Direito Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo. Editora Método. Ano 2018. p. 338.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo. Editora Atlas. 1991.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª Edição. 2017. Editora Forense.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª Edição. 2020. Editora Forense.

Krell, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista Esmafe: Escola De Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, dez. 2004.

Leite, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo: RT, 1981.

Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Meirelles, Hely Lopes; Azevedo, Eurico de Andrade; Aleixo, Délcio Balestero; Burle Filho, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª Edição. 2010. Malheiros Editores

Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. 2010. Editora Malheiros Editores.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. 2015. Editora Malheiros Editores.

Mendes, G.F.; Branco, P.G.G. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo Saraiva. 2017.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial. 16ª Edição. 2014. Editora Forense.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 8. ed.2020. Editora Método. Rio de Janeiro:

Perez, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. 359 f. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

Pinto, Felipe Chiarello de Souza; Santos, Larissa Dias Puerta dos; Longuini, Mayara Ferrari. A relevância do mérito administrativo no controle judicial de políticas públicas. Revista de Direito e Justiça. Santo Ângelo V. 13 N. 30 P. 151-170 □ Maio/Agos. 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/328379320>. Acesso em junho, 2022.

Úíoura, Maria Eugenia Martins Ile. Discricionariedade administrativa E controle jurisdicional: Possibilidade de intervenção do poder judiciário em omissões do poder executivo na implementação de políticas públicas. Revista Caderno Virtual, IDP, v. 2, n. 44, abr/jun. 2019.