

CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: AS POSSIBILIDADES E OS LIMITES PARA O EXERCÍCIO DESSE CONTROLE

Denise da Silveira Iserhard¹

RESUMO

O princípio da legalidade está intimamente ligado a atividade discricionária da Administração Pública. A discricionariedade constitui a faculdade conferida pela lei à Administração para apreciar o caso concreto segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas elas válidas perante o direito, buscando sempre atender ao interesse público. A transgressão dos limites legais possibilita a ação do Poder Judiciário no sentido de ajustar a conduta administrativa novamente à lei. O alcance desse controle em relação aos atos discricionários da Administração não pode ir além da legalidade e da finalidade normativa, sendo vedado ao Judiciário discutir o mérito da decisão.

Palavras-Chave: Controle. Discricionariedade. Legalidade.

ABSTRACT

The legality principle is intimately related to the discretionary activity of the Public Administration. The discretionarity constitutes the faculty by the law to the Administration to appreciate the concrete case in accordance with the criteria of opportunity and convenience and to choose one among two or more solutions. Solutions which are, all of them, valid according to the Law and the choice searches to answer the public interest. The legal limits transgression makes possible the action of the Judiciary Power in the sense of adjusting the administrative conduct to the law again. The reach of such control in relation to the discretionary acts of the Administration can not go beyond the legality and normative finality, being forbidden to the Judiciary to discuss the decision merit.

Key-Words: Control. Discretionarity. Legality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o objetivo de analisar a forma como é exercido o controle, pelo Poder Judiciário, da discricionariedade administrativa. A abordagem a ser realizada não possui a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema e nem poderia, dada a forma como esse assunto vem sendo discutido em nossos tribunais e meios acadêmicos, o cerne dessa pesquisa consiste em desenvolver alguns tópicos presentes nas principais discussões sobre essa temática.

A Administração Pública possui papel de suma relevância dentro da organização estatal uma vez que é ela que atua como sujeito de direitos, aplicando a lei aos casos concretos objetivando a consecução imediata das necessidades coletivas. Nesse diapasão, autores referem (DI PIETRO, 2001, p. 13) que esse papel de “sujeito de direitos” confere à Administração Pública uma posição de superioridade, não apenas perante os outros Poderes, mas também frente aos administrados em relação aos quais exerce prerrogativas de que estes não dispõem. De outra forma, ela deve exercer sua “superioridade” em consonância com os

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Professora da Faculdade Dom Alberto, ministrante das disciplinas de Direito Administrativo I e Processo Administrativo, Assessora de Juiz da Comarca de Encruzilhada do Sul.

ditames legais, ou seja, seus atos são submetidos à lei bem como pelo controle dos demais Poderes do Estado.

O princípio da legalidade² é de suma importância para a Administração Pública, sobretudo porque ele explica o *mudus operandi* da atuação estatal, uma vez que os interesses que estão em jogo nas relações jurídicas de que a Administração Pública faz parte não são interesses disponibilizáveis por aqueles, que de forma transitória, são seus representantes democráticos. Assim, para que esses representantes estejam legitimados a agir em nome da Administração Pública, faz-se necessário um instrumento que fundamente sua atuação e esse instrumento é a lei.

A lei dita a forma como a Administração deve agir em determinado momento, é a lei que estabelece a forma de atuação do administrador³, entretanto, por vezes a lei nem sempre prevê a atuação do administrador de um mesmo modo, fazendo-o basicamente de duas maneiras diversas, que são de forma vinculada e de forma discricionária. A segunda forma que será o foco de nossa discussão consiste na margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao administrador para que ele escolha, dentre alternativas possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público em jogo.

Ocorre, entretanto, que essa liberdade conferida ao administrador não é plena e sim relativa, uma vez que existem limites a serem seguidos pela Administração Pública⁴. O administrador deverá, por óbvio, exercer essa “discricionariedade” de forma válida, sob pena de ser possível o controle jurisdicional de seus atos.

Feitos esses esclarecimentos nossa abordagem possui o objetivo de identificar como deve ocorrer e quando é possível o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, quais são as regras e limites (se existem) para esse exercício? Tal assunto tem sido tema recorrente nos meios jurídicos e consiste assunto de grande relevância para os operadores do direito, pois a falta de aprofundamento sobre o assunto é demonstrada na maneira como esse instituto vem sendo aplicado nas Ciências Jurídicas.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Vários são os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública no Brasil e segundo o jurista Rogério Gesta Leal existe uma distinção entre *princípios implícitos e explícitos* da Administração, sendo que dentre os explícitos encontra-se o Princípio da Legalidade (LEAL, 2006, p. 111-134).

Segundo refere Maria S. Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2003, p. 67), este princípio juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, nele melhor se enquadra é a idéia de que na relação administrativa a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei (DI PIETRO, 2001, p. 17-57).

² Princípio previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*.

³ Deve-se entender aqui a legalidade no sentido de “reserva legal”, ou seja, onde a Administração Pública não pode agir senão legitimada por preceitos legais.

⁴ A atividade discricionária deve estar relacionada não apenas com a lei que a legitima, mas também com todo o ordenamento normativo e, inclusive, com os princípios que regem o direito administrativo.

É inegável a importância do princípio da legalidade que está previsto de maneira explícita no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que disciplina *in verbis*:

Art 37. A administração pública direta e indireta e qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: [...]

No tocante ao que disciplina esse dispositivo legal Waldo Fazzio Júnior refere que:

Das matrizes gravadas no art. 37, *caput*, a legalidade é a projeção administrativa do Estado de Direito. Quem administra densifica a lei. Toda a atuação administrativa precisa estar jungida à lei e ao interesse público. A lei é o suporte e o limite do exercício administrativo (JÚNIOR, 2003, p. 18-19).

Para melhor entendermos o que seja a legalidade administrativa é importante tecermos algumas linhas comparativas sobre qual a função da lei no Direito Privado e Público, especialmente no tocante ao Direito Administrativo.

No Direito Privado há o predomínio da autonomia privada, onde o que prevalece é o interesse e a liberdade individual do contratante não sendo necessário seguir os ditames legais à risca, ou seja, genericamente significa que ao particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe⁵. Segundo refere Rafael Maffini, no âmbito do particular “não se faz necessário que a lei autorize ou legitime condutas, uma vez que a sua juridicidade já se vê fundamentada na própria liberdade de ação típica do Direito Privado”(MAFFINI, 2006, p. 44).

Entretanto no tocante ao Direito Público e especialmente no Direito Administrativo a realidade é diversa, vez que os interesses que envolvem as relações jurídicas nas quais a Administração Pública integra não são disponibilizáveis, aqueles que transitoriamente são os representantes democráticos não podem dispor desses interesses (ou bens) de acordo com o seu livre arbítrio.

Na atualidade, compreendida aqui como o Estado contemporâneo⁶, a Administração Pública está obrigada aos mandamentos legais, no sentido de que pode atuar apenas e de acordo com os limites ditados pela lei, sendo que a inexistência de lei sobre determinado tema enseja um não-fazer para a Administração, no sentido de que é possível à Administração fazer apenas aquilo que a lei expressamente permita⁷.

⁵ LEAL, 2006. p. 123, lembra com propriedade os “termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, [...], donde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. Assim, ao cidadão é permitido tudo fazer, desde que não transgrida norma jurídica cogente; ao Estado, contudo, só lhe é permitido fazer/agir quando a lei o permite.

⁶ Estado contemporâneo deve ser identificado aqui como o atual modelo estatal, onde ainda que remanescentes alguns traços do Estado social, nota-se uma acentuada diminuição da atuação do Estado na sociedade.

⁷ O princípio da legalidade no Estado Liberal tinha concepção diversa da atual, nele a Administração podia realizar tudo o que a lei permitia como também aquilo que ela não vedava. Segundo DI PIETRO, 2001, p. 27, “essa concepção da legalidade, que acabou por gerar consequências funestas, ficou conhecida como doutrina da *vinculação negativa da Administração*, já

Nesse diapasão, Rafael Maffini refere que se costuma apontar dois sentidos para a legalidade administrativa, que são: reserva da lei e primazia da lei e do Direito. Diante disso ele refere que:

O primeiro deles, denominado de “reserva de lei”, significa [...] que a Administração Pública não pode agir senão legitimada por preceitos legais. Em relação aos atos administrativos concretos, tal reserva legal configura-se absoluta. Já, em relação aos atos normativos, [...], discute-se acerca da existência de relação a tal regra.

O segundo significado que se pode atribuir à legalidade administrativa consiste na denominada “primazia da lei e do Direito”. Tal sentido obviamente ligado à reserva legal, consiste no vetor que conforma o plano da validade da ação administrativa. Segundo tal sentido, sempre que a conduta administrativa for concretizada contrariamente ou sem embasamento na ordem jurídica vigente, tal conduta afigurar-se-á inválida, devendo, em princípio, ser desconstituída por quem possuir legitimação para fazê-lo. Nesse sentido, tem-se que a lei e o Direito são primazes (daí o nome “primazia da lei e do Direito”), em relação à concretização da função de administração (MAFFINI, 2006. p. 45).

Diante dessas considerações, importante referir que a legalidade, no sentido de “reserva legal”, impõe que a atuação da Administração obedeça rigorosamente às regras de atribuição de competências outorgadas pelo legislador. Entretanto, temos que ter em mente que nem sempre a lei prevê um mesmo modo de atuação para a Administração, ou ainda, ela não possui poder de prever como a Administração deve agir em todas as situações ocorridas no cotidiano social. Basicamente é possível ao legislador prever duas formas: uma vinculada e outra discricionária.

A vinculação administrativa ocorre sempre que a lei diante de uma determinada situação prevê apenas uma forma de agir para a Administração Pública, nesse caso a lei não confere opção ao administrador, o regramento prevê de maneira clara que diante de determinada situação a Administração deve agir dessa ou daquela forma. A forma discricionária diante da relevância ao tema aqui estudado merece maior destaque e, portanto, será objeto de estudo do tópico a seguir.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITOS RELEVANTES

Em linhas gerais e de forma sucinta podemos dizer que discricionariedade é a margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que ele realize uma escolha, dentre alternativas oferecidas e possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público, para tanto, é conferido ao administrador um direito de livre apreciação da oportunidade e conveniência na edição de um determinado ato. Saliencia-se aqui o fato de que mesmo a Administração Pública tendo o poder de escolha ela deve sempre observar a lei e a finalidade que esta pretende atingir.

que, por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública”.

O Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao discorrer esse tema confere à discricionariedade administrativa o *status* de princípio geral do direito administrativo, e ele diz:

É o princípio substantivo mais característico do Direito Administrativo, a ponto de, para muitos autores, integrar o próprio conceito da disciplina. [...], não sendo possível esgotar no *preceito legal* todas as hipóteses casuísticas da atuação administrativa do Estado na prossecução dos interesses públicos, o legislador comete, *pela própria norma legal preceitual*, ao executor administrativo, um leque de opções de escolha da *oportunidade* ou da *conveniência* de agir ou de ambas. A *discricionariedade* abre, assim, para a Administração Pública um *novo espaço jurídico decisório substantivo*, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, *escolher*, total ou parcialmente, o *motivo* e o *objeto* de seus atos, ou ambos, para realizar a boa administração (NETO, 2005, p. 97).

A concepção atual de discricionariedade administrativa consiste justamente em conceder aos representantes democráticos da Administração o poder de escolha entre duas ou mais formas atuação, todas elas válidas pelo Direito⁸.

Segundo leciona Maria S. Zanella Di Pietro, discricionariedade administrativa é a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2001. p. 67).

Segundo o conceito elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação (MELLO, 2001, p. 48).

Nesse diapasão nota-se que todos os renomados autores da área do Direito Administrativo acima citados conceituam a discricionariedade administrativa como sendo uma espécie de faculdade conferida pela lei ao administrador. Entretanto, devemos fazer referência a um elemento de suma importância constante nesses conceitos que é a limitação desse exercício discricionário, ou seja, a Administração Pública deve exercer sua escolha de acordo com os contornos legítimos apresentados no ordenamento jurídico, a fim de evitar a reforma jurisdicional, uma vez que o controle como veremos a seguir é possível.

A existência da atividade discricionária fundamenta-se no seguinte fato: seria impossível ao legislador prever todas as possibilidades que possam vir a acontecer no mundo dos fatos, justamente pela impossibilidade do legislador determinar o alcance dos conceitos utilizados na lei diante da realidade dinâmica das relações sociais. Maria S. Zanella Di Pietro ainda confere outra característica, segundo ela a

⁸ Arraigado ao conceito legalidade no Estado Liberal surge a ideia de discricionariedade administrativa mais ampla do que a atual, como um poder eminentemente político que não era limitado pelo Poder Legislativo e nem controlado pelo Poder Judiciário. No Estado Liberal o administrador podia exercer a discricionariedade de plenamente livre.

discricionariedade “é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas” (DI PIETRO, 2001. p. 67).

No que se refere a natureza jurídica da discricionariedade, podemos referir que ela consiste no ato de vontade do administrador autorizado pela norma, em outras palavras podemos referir que a lei ao autorizar o administrador a realizar uma escolha já determina antecipadamente que qualquer uma das opções são consideradas como legais.

3.1 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO

Antes de passarmos para a abordagem acerca dos limites da discricionariedade administrativa é importante realizarmos uma breve explicação acerca do conceito de mérito administrativo e sua relação com a discricionariedade.

O mérito administrativo é um instituto que possui íntima relação com a discricionariedade administrativa. Até agora podemos identificar pelos conceitos de discricionariedade referidos anteriormente que ela ocorre pela possibilidade que a lei confere ao administrado público de realizar a escolha entre as várias soluções legalmente previstas.

É necessário para a eleição dentre quais das opções legalmente previstas que o administrador observe um critério de *conveniência* e *oportunidade*, e a essa ação dá-se o nome de “mérito administrativo”. O administrador ao analisar o caso concreto deverá não apenas proceder a escolha por seu livre arbítrio, ele também deverá observar qual das opções legalmente previstas será a melhor para a satisfação do interesse público diante das situações fáticas apresentadas no caso concreto.

No tocante ao mérito Maria S. Zanella Di Pietro, citando Seabra Fagundes leciona que:

o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valoração sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento não se diz que o ato é legal ou ilegal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal. (DI PIETRO, 2003, p. 210).

O chamado binômio conveniência/oportunidade⁹ não estão presentes nos atos vinculados eis que a lei determina somente uma forma de agir para a Administração, já nos atos discricionários sim, pois ele existe como uma espécie de

⁹ Nesse sentido MAFFINI, 2006. p. 72, refere que “embora a conveniência e oportunidade sejam conceitos inseparáveis na concretização de escolhas discricionárias, poder-se-ia, para fins didáticos relacionar a conveniência com as soluções legalmente previstas, com vistas à eleição daquela que melhor satisfaça ao interesse público e a oportunidade, com a valoração do caso concreto em que tal escolha ocorrerá”.

pauta que os administradores devem observar a fim de obter a satisfação do interesse público, que é o interesse norteador da Administração Pública¹⁰.

4 LIMITES PARA O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE

De acordo com o até aqui trabalhado concluímos que existem limites para o administrador exercer a discricionariedade, ou seja, limites para a sua forma de atuação. Entretanto, quais são as linhas fronteiriças desses limites? Até que ponto a Administração pode ir no exercício discricionário? Essas questões intrigam os doutrinadores (DI PIETRO, 2001. p. 133; MELLO, 2001. p. 108) e é de suma relevância à nossa pesquisa.

A disposição legal que autoriza a atividade discricionária por possibilitar a escolha pela Administração entre duas ou mais opções pode apresentar limites legais muito singelos, vez que ao realizar a análise da oportunidade e conveniência o administrador pode se perder e dar margem ao exame jurisdicional do ato praticado.

Os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico, são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público de modo a impedir que este se desvie da lei, da finalidade específica prevista na norma ou ainda que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada. Analisaremos a partir de agora duas teorias que identificam os limites à discricionariedade, que são a teoria do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação.

Waldo Fazzio Júnior faz a seguinte reflexão acerca desses limites à discricionariedade:

Se é a lei que baliza todo o agir administrativo, também estabelece as condições para o exercício dos poderes públicos. O *secundum legem* é a regra. Daí resulta que a utilização indevida do poder administrativo caracteriza abuso, que pode exteriorizar-se sob duas espécies:

- desvio de finalidade; e
- excesso de poder

A lei é o parâmetro. No primeiro caso, pratica-se o ato com finalidade outra que não a legalmente estabelecida. No segundo, o ato configura uma extrapolação dos limites legais. Em ambos, há abuso (JÚNIOR, 2003. p. 27).

Na chamada teoria do desvio de poder ou finalidade o administrador usa a competência discricionária para atingir finalidade diversa da prevista em lei, nesse caso não importa se a diferente finalidade tenha sido moralmente lícita e justa, o ato será considerado inválido por ter ocorrido de forma diversa da orientação legal.

Conforme leciona Maria S. Zanella Di Pietro, essa teoria possui o objetivo de limitar o exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, ela sustenta que:

¹⁰ Segundo refere o Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, a *supremacia do interesse público* constitui um dos princípios implícitos constitucionais operativos da administração pública brasileira (LEAL, 2006, p. 111-114).

[...] o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei (DI PIETRO, 2003. p. 211).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello existem duas modalidades de desvio de poder: a primeira refere-se a atuação do agente público, no sentido de que ele utilizando-se da competência que lhe é outorgada legalmente age de forma a dar prevalência a um interesse alheio ao interesse público, com o objetivo de satisfazer desejo pessoal, favorecer alguém, ou por paixão política ou questão ideológica; a segunda ocorre quando o administrador público, igualmente legitimado, age visando a atender uma finalidade pública, porém não a finalidade específica relacionada na orientação legal (MELLO, 2003, p. 372).

A segunda teoria chamada de teoria dos motivos determinantes preceitua que os motivos que determinaram a vontade do administrador, que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato administrativo. Nesse sentido, segundo dispõe Maria S. Zanella Di Pietro ela ocorre “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros” (DI PIETRO, 2003, p. 211).

Em outras palavras, uma vez descritos pelo administrador os motivos em que se baseou para praticar determinado ato, ainda que a lei não tenha estabelecido antecipadamente quais os motivos que ensejariam à prática daquele ato específico, este só será válido e, portanto, legal, se os motivos declarados realmente existirem e justificarem o ato praticado (LEAL, 2006, p. 127 et. seq.).

Necessário mencionar que os motivos podem ou não estar previstos em lei, mas no caso de eles serem expressamente previstos a atuação do administrador estará obrigatoriamente vinculada ao motivo alegado. Entretanto, quando não existir previsão de motivos, poderá o administrador escolher a situação fática em vista da qual editará o ato, porém deve o ato obedecer aos limites legais abstratamente previstos.

5 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL

O controle jurisdicional das condutas administrativas discricionárias é tema recorrente em estudos de Direito Administrativo. Existem posições que prevêm a total impossibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle da discricionariedade como também existem posições que referem ser tal matéria plenamente apreciável jurisdicionalmente.

Entretanto, é consenso que constitui dever do Poder Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico e zelador do Estado Democrático de Direito, examinar toda lesão ou ameaça de lesão a direitos de seus cidadãos¹¹. Nesse

¹¹ Nesse sentido, reza o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, sendo que a lei não excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

sentido, não podemos vedar ao Poder Judiciário a revisão dos atos administrativos praticados em desobediência aos limites impostos para a sua atuação, extrapolando os limites de discricionariedade previstos em lei¹².

Tratando de forma específica do controle jurisdicional, podemos dizer que ele pode alcançar todos os atos administrativos, quer vinculados ou discricionários, segundo refere José Sérgio da Silva Cristóvam:

Nos atos vinculados o controle pelo poder judiciário é amplo, irrestrito, enquanto nos discricionários cabe ao Judiciário o exercício de um controle negativo da discricionariedade, isto é, o exame acerca da adequação do ato praticado pela administração no uso das faculdades discricionárias (CRISTÓVAM, 2006, p. 265).

Diante dos argumentos anteriormente discutidos podemos referir que pelo princípio da legalidade, como a Administração deve estrita obediência à lei mesmo quando estiver diante de atos praticados no exercício de discricionariedade administrativa, temos que a inobservância desse preceito ensejará o controle jurisdicional. Em outras palavras, estamos dizendo que mesmo atuando de forma discricionária a Administração Pública deve seguir os ditames legais e exercer sua “escolha” (discricionariedade) de acordo com os parâmetros previstos na ordem jurídica, sob pena de ter sua atuação (ato administrativo) revisto.

No que concerne ao princípio da finalidade, que impõe ao administrador o dever de alcançar o objetivo previamente delineado na lei, o descumprimento dessa prerrogativa também ensejará ao Judiciário a revisão do ato administrativo. Se a finalidade que a Administração Pública está obrigada a realizar é a prevista na norma jurídica, essa finalidade constitui um limite à discricionariedade, quando o administrador busca ou realiza finalidade diversa da prevista ele estará extrapolando os limites de sua atuação e, portanto, autorizando atuação revisional do Poder Judiciário.

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários também pode ser exercido pelo exame dos motivos que ensejaram a realização do ato ou pelo que dispõe a teoria dos motivos determinantes. Os motivos são as razões pelas quais a Administração tomou uma decisão, podendo consistir em fundamentos de direito ou em fatos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes só podem ser considerados válidos os motivos que efetivamente ocorrerem e desde que realmente justifiquem a conduta do administrador ao realizar o ato administrativo.

Vale referir que a motivação dos atos administrativos além de ser indispensável, deve ser congruente e exata. No caso de inexistir motivação quando esta é imprescindível, se ela não corresponder aos motivos alegados, ou se estes não justificarem a atuação da Administração Pública, estaremos também diante de uma situação possível de revisão judicial, pois se qualquer dessas situações ocorrerem haverá violação ao princípio da legalidade e, conseqüentemente se estará abrindo guarida ao controle jurisdicional.

¹² LEAL, 2007, p. 52-53, refere que “o Brasil possui hoje uma Teoria da Constituição de nível elevado, preocupada com questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, todavia não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos atuais, isso ocorre porque as soluções apresentadas situam-se entre o instrumentalismo constitucional e na crença do Poder Judiciário como ‘salvador da República’, ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um instrumento de governo ou a uma carta símbolo da identidade nacional”.

Celso Antônio Bandeira de Mello quando trata do exame dos motivos como possibilidade de ensejar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, leciona que:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária (MELLO, 2003. p. 837).

Como o interesse público é o fim a ser respeitado e alcançado em qualquer que seja o ato a ser praticado pela Administração Pública, podemos utilizar aqui, nas palavras de Rogério Gesta Leal, que se trata de caso de *indisponibilidade do interesse público* (LEAL, 2006. p. 114-115), ou seja, como a Administração desempenha o papel de gestora do patrimônio público (interesse público), ao realizar o ato, ela não pode deixar à margem o fim principal do exercício de sua função, daí o caráter de indisponibilidade. A inobservância desse fim por qualquer das situações anteriormente mencionadas configura causa suficiente para autorizar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Diante dos pontos discutidos, podemos concluir que ao Poder Judiciário sempre foi conferido o “poder” de promover o controle da validade das condutas discricionárias, sendo que possuímos hoje é uma concepção diversa do conceito de validade. Nas palavras de Rafael Maffini:

O que evoluiu foi justamente a definição de validade, que outrora se restringia a meros aspectos formais de legalidade estrita e que, atualmente, relaciona-se com aspectos mais abrangentes, de cunho formal e substancial, determinados por toda a gama de princípios integrantes da noção de juridicidade administrativa (MAFFINI, 2006. p. 71).

No que tange ao controle judicial nas decisões de mérito administrativo devemos realizar alguns apontamentos. A doutrina diverge quanto a possibilidade do controle judicial adentrar no mérito administrativo e aqui destaco as reflexões realizadas por Rafael Maffini, ele dispõe que a análise desse controle deve ser realizado através de dois questionamentos. Primeiro, se questionarmos acerca da possibilidade do Poder Judiciário promover o controle de decisões de mérito administrativo validamente exaradas a resposta será negativa. Tal resposta consiste no fato de que o Poder Judiciário não está legitimado a promover a fiscalização ou controle de decisões válidas de conveniência e oportunidade (MAFFINI, 2006. p. 72 et. seq).

Entretanto, no caso de o administrador ao realizar uma decisão discricionária de mérito e agir de modo inválido, seja por ele ter desrespeitado das regras legais aplicáveis ao caso ou afrontar princípios de Direito Administrativo, o Poder Judiciário estará legitimado para exercer o controle dessa conduta e, por conseguinte, invalidar

esse ato. Importante salientar que o controle nesse caso exercido não é propriamente no mérito administrativo, mas na validade do ato¹³.

O autor encerra essa análise com propriedade, referindo:

Em suma, seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle “do” mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas; poderá, contudo, fazer o controle “no” mérito administrativo, no sentido de que está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que para isso tenha de analisar a escolha que foi realizada pela Administração Pública (MAFFINI, 2006, p. 73).

Registre-se que a discricionariedade não é meio livre de atuação da Administração Pública, os conceitos discutidos e analisados nessa pesquisa demonstram que existem limites para o seu exercício. O papel do Poder Judiciário nesse controle é não permitir que a Administração ultrapasse os limites impostos através dos limites explícitos e implícitos da Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto podemos referir que respondemos as indagações inicialmente colocadas, ou seja, a discricionariedade administrativa constitui uma prerrogativa conferida à Administração Pública e, para o exercício pleno e válido dessa prerrogativa, deve obedecer aos limites existentes, bem como o próprio interesse público. O papel da função Jurisdicional no controle dos atos administrativos discricionários é a aplicação correta e precisa do espírito da lei.

A importância do estudo do tema aqui lançado está exatamente na busca de soluções aos problemas aqui colocados em discussão, principalmente diante de tamanho alcance social, ético e moral que os mesmos possuem.

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública não pode invadir o mérito administrativo, e diante disso o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não afronta o princípio da separação dos poderes ou contesta a ordem jurídica vigente, pelo contrário, além de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do homem, uma vez que tem por função principal impedir que a Administração ultrapasse os limites da lei ou ofenda os interesses públicos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹³ Nesse tocante Maffini refere que há quem considere que esse controle seja um “controle judicial do mérito administrativo”, porém ele não concorda com essa nomenclatura porque esse controle está pautado por noção de validade (MAFFINI, 2006, p. 73).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *Revista Discente Interinstitucional*, Florianópolis, vol.1, n. 1, p. 139-169, jan./jun. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Fundamentos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.