

**Tribunal Regional Eleitoral
Rio Grande do Norte**

Revista Eleitoral



**Volume 25 - 2011
Natal - RN**

A SUBMISSÃO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO, COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL.

JARDIEL OLIVEIRA DA SILVA

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Potiguar-RN. Monitor da Disciplina “Teoria Geral do Processo”. UnP-RN. Estagiário da Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Norte/SESAP-RN. E-mail: stj.criminal@gmail.com.

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR

Advogado, Mestre em Direito pela UFRN e Advogado.

RESUMO: O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins. Em uma estrutura geral, no primeiro momento, se terá como parâmetro a busca por uma definição de ato da Administração Pública e sua separação em ato vinculado e discricionário. Em rigor esse último possui uma margem de liberdade frente a uma circunstância concreta. Se no exercício desse ato (em favor dessa margem de liberdade) houver a violação de um princípio constitucional, estaremos diante não apenas de um desequilíbrio sistemático específico, mas também de todo um sistema de comandos. Trar-se-á à baila a resposta para as seguintes indagações: o que vem a ser um ato discricionário? Até que ponto os atos discricionários da Administração pública podem ser atuados com certa “liberdade” vinculada? Poderá haver controle (intervenção) por parte do Judiciário caso essa discricionariedade ultrapasse os ditames não apenas infralegais, como também supralegais? O presente texto possui por objeto de estudo o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, analisado à luz da doutrina, com a finalidade de se identificar de que forma e com que alcance o controle da atividade administrativa não vinculada é exercido pelo poder Judiciário brasileiro. Chegando a uma conclusão concreta, será garantida uma irrefutável e insubstituível segurança da ordem constitucional como expressão satisfatória do Estado em face do exercício de seus próprios desejos.

PALAVRAS-CHAVE: Atos da Administração Pública. Discricionariedade. Poder Judiciário. Ordem Constitucional.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2 A PROBLEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 3 A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE COMO GRAU DE LIBERAÇÃO DO ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 4 A APRECIÇÃO (CONTROLE E EXTENSÃO) DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública somente está autorizada a atuar dentro dos limites da lei, razão pela qual todos os atos administrativos possuem os atributos da presunção de veracidade e da legitimidade. A veracidade tem relação com o conteúdo do ato administrativo, o qual se presume ser verdadeiro; e a legitimidade tem pertinência com a competência para a prática do ato, a qual se presume ser correta. Referida presunção é relativa, *juris tantum*, da qual cabe prova em contrário, com a exceção de poucos atos administrativos, que possuem presunção absoluta, *jure et de jure*, não admitindo qualquer produção probatória em sentido contrário.

Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa²; É a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público³; Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁴.

Independentemente dos conceitos formulados pelos autores acima nominados e por outros de renomada, que também operam na seara do direito administrativo, emergem dois aspectos de importância crucial para distinção entre atos administrativos e atos da Administração. O primeiro deles concerne ao sujeito.

Em relação ao sujeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) já ressalta que há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados como atos administrativos.

Diversamente dos atos da Administração Pública, que, com o perdão da tautologia, só podem ser praticados pela própria Administração Pública, os atos administrativos também podem ser praticados por aqueles que lhe façam as vezes.

Isso se dá porquanto o ato administrativo é produzido no desempenho de função administrativa, cujo exercício, em muitos casos, é atribuído a particulares que são delegatários de serviço público.

O segundo aspecto que desnuda a dessemelhança entre ato administrativo e ato da Administração é justamente o regime ao qual está submetido o primeiro, isto é, os atos administrativos, necessariamente, submetem-se ao regime jurídico de direito público, não se lhes aplicando o regime jurídico de direito privado.

Dessa submissão ao regime jurídico de direito público, deflui-se que aos atos administrativos atribuem-se todas as prerrogativas e, conseqüentemente, todas as restrições inerentes ao Poder Público.

Todavia, os atos da Administração, sobre poderem sujeitar-se ao regime de direito privado, também podem ser identificados em situações outras que não se vinculam ao exercício da função administrativa, considerando a aceção estrita de ato administrativo.

A respeito do exercício da função administrativa que se vincula ao conceito de ato administrativo em sentido estrito, o escólio percuciente de Weida Zancaner (2008):

Ademais, a expressão ‘ato administrativo’ pode ser usada em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo serve para abarcar os atos praticados no exercício da função administrativa que têm regime jurídico semelhante, quais sejam: os atos unilaterais gerais, os atos unilaterais concretos e os chamados contratos administrativos. Por sua vez, a mesma expressão, quando utilizada em sentido estrito, serve para designar apenas os atos unilaterais concretos expedidos no exercício da função administrativa, buscando, pois, uma semelhança ainda maior quanto ao regime jurídico que se lhes aplica⁵.

Assim, conforme a preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), a Administração Pública pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais:

a) Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.

2. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 273.

3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 91.

4. Op. Cit., p. 356.

5. ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 29.

4 A APRECIÇÃO (CONTROLE E EXTENSÃO) DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL.

a) O OBJETO DO CONTROLE.

O controle judicial é exercido pelo poder Judiciário, com base na sua função constitucional de apreciador equidistante da constitucionalidade e legalidade de atos e normas jurídicas, fiscalizando, desta forma, a atividade administrativa exercida pelo poder Executivo, pelo poder Legislativo, pelo Ministério Público, e pelo próprio poder Judiciário⁷.

Um importante instrumento que auxilia no exercício deste controle judicial veio com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004⁸, que, em seu art. 2º, inseriu o art. 103-A na Constituição Federal, criando a súmula vinculante, posteriormente regulamentada pela Lei Federal nº. 11.417 de 2006⁹. Por seu regramento, pode vir a ser aprovada pela decisão de 2/3 (dois terços) dos membros do STF, seja de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, sendo que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir tais efeitos, ou decidir que estes só tenham eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público. Ademais, importante registrar que mencionado efeito não afeta a atividade precípua do poder Legislativo, puramente normativa, o que nada tem a ver com sua atividade administrativa.

b) OS INSTRUMENTOS DO CONTROLE E EXTENSÃO DA DISCRICIONARIEDADE.

São inúmeros os instrumentos de controle judicial dos atos administrativos; podem ser classificados em meios inespecíficos e em meios específicos.

Os primeiros são as ações judiciais que qualquer interessado pode manejar; não demandam a presença obrigatória do poder público em um dos pólos do processo, tal como ocorre com as ações ordinárias em geral.

Os segundos são as ações judiciais destinadas especificamente para a tutela de direitos individuais ou coletivos contra ilegalidades e inconstitucionalidades decorrentes da prática de atos administrativos, sejam estes comissivos ou omissivos, e que, em regra, exigem a presença da autoridade administrativa responsável pela edição do ato impugnado em um dos pólos do processo, tal como ocorre com a ação popular, mandado de segurança, etc.¹²⁹ Os instrumentos específicos de controle serão brevemente conceituados a seguir.

O *mandado de segurança* é ação judicial de fundamento constitucional (art. 5º, LXIX da CF) pela qual se busca a proteção jurisdicional do Estado em razão de ameaça ou efetiva lesão a direito líquido e certo não amparado pelo writ de habeas corpus ou de habeas data, em virtude de ato inválido praticado por autoridade investida na função administrativa.

Sua previsão infraconstitucional encontra-se disciplinada na lei Federal nº. 1.533 de 1951.

O *habeas corpus* é uma ação de fundamento constitucional (art. 5º, LXVIII da CF) que visa proteger o paciente sempre que sofrer ou estiver ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Sua previsão infraconstitucional está positivada no Código de Processo Penal.

7. FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Páginas 895 a 898.

8. Emenda Constitucional nº. 45, de 30/12/2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. D.O.U. de 31.12.2004.

9. 118 Lei nº. 11.417, de 19/12/2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. D.O.U. de 20.12.2006.

Esta gama de opções em aberto autorizada por lei é um elemento necessário para completar a definição dos elementos essenciais para a prática do ato pela Administração Pública, em especial o motivo e o objeto. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 34) expõe que:

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatiza-se que esses dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei. É por essa razão que a definição legal do interesse público deverá sempre existir em qualquer manifestação de vontade administrativa, seja no ato administrativo, seja no contrato ou seja no ato administrativo complexo, como um elemento juridicamente vinculado: a finalidade. [...] se a finalidade é sempre vinculada, tanto o motivo quanto o objeto é nela que encontrarão os seus limites. Em outros termos: a discricionariedade não pode ser exercida contra a finalidade nem mesmo sem ela, mas, apenas, em favor dela¹².

A discricionariedade é, portanto, a competência atribuída ao poder público, no exercício de suas funções administrativas, de forma a possibilitar a integração da vontade da lei durante a execução de seu conteúdo diante de determinada situação, constituindo-se em verdadeiro poder vinculado ao atendimento da finalidade pública que dita a sua existência.

Esta vinculação ao interesse público constitui o limite interno da atuação do Estado, imposta pela sociedade, cujo descumprimento enseja a ilegitimidade do ato, marcando a má-administração. Como limite interno da atuação do Estado encontra-se a lei, imposta por ele próprio, cujo descumprimento enseja a ilegalidade do ato.

Logo, para a Administração Pública, sempre ao lado do aspecto atributivo da função administrativa, que é o poder, deve haver o aspecto limitativo, que é o dever. Neste caso: tanto o dever de obedecer à legislação, como o dever de ter uma boa administração.

Daqui em diante segue-se a posição essencial da presente produção, respaldando a defesa da necessidade do controle dos atos discricionários da Administração Pública pelo Poder Judiciário, visando proteger a matriz material das normas: a Constituição.

Desta feita, nada como relembrar que a *inafastabilidade do controle jurisdicional* é princípio constitucional, assim previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Um princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico; sua violação é muito mais grave que a violação a uma regra, visto que não configura uma ofensa pontual a um mandamento obrigatório, mas um verdadeiro atentado ao sistema jurídico, como um todo, abalando as vigas mestras nas quais as regras encontram suporte¹³.

José dos Santos Carvalho (2002) defende que o controle judicial sobre os atos administrativos se dá exclusivamente no plano da legalidade, ou seja, que ao poder Judiciário cabe apenas competência para confrontar os atos da Administração Pública com a lei ou com a Constituição Federal, verificando sua conformidade com o ordenamento jurídico, anulando os atos inválidos.

Com relação ao controle dos atos discricionários, referido autor afirma que:

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência (FILHO, 2008, p.900).

12. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Legitimidade e Discricionariedade. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Página 34.

13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002. Páginas 807 a 810.

O silogismo judiciário pode ser precisamente montado, com a premissa maior na finalidade da norma e a premissa menor no mérito do ato, de modo a evidenciarem-se o pertinet ou as impertinências: o respeito ou a exorbitância dos limites à discricionariedade. Observe-se que, nesta tarefa, o instituto da discricionariedade não fica comprometido mas, ao contrário, valorizado, na medida em que sua proteção não mais se vincula a uma praxe acomodada da doutrina e dos tribunais, mas a um sistema racional e permanentemente aprimorável.

De fato, com a paulatina eliminação dos desvios de finalidade que decorrem do abuso da Administração Pública no exercício do poder discricionário, a prática destes atos tenderá cada vez mais a guardar sintonia com o interesse público contido em sua finalidade legal, de sorte que o exercício da discricção administrativa será constantemente aperfeiçoado, em benefício da sociedade brasileira como um todo.

Para tanto, no entanto, o poder Judiciário deve efetivamente atuar de forma comissiva, e de fato invalidar os atos que excedam os limites da discricionariedade, deixando de realizar uma análise restrita de legalidade para passar a realizar uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos diante do sistema jurídico pátrio (...) visando sempre a proteção de uma ordem constitucional presente, sempre, em um Estado em que a atuação deste para determinados fins, estará sempre pautado em uma vinculação normativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle da Administração Pública funda-se no princípio da legalidade, e possui por objetivo primordial a fiscalização das políticas administrativas, a fim de assegurar que o poder público alcance o interesse coletivo, e a finalidade pública imanente às normas jurídicas, sem que a sua liberdade de atuação atente contra o ordenamento jurídico pátrio.

Com relação aos atos administrativos vinculados, não existe ressalva a ser feita. Quanto aos discricionários, ainda há polêmica permeando a questão da possibilidade de controle pelo poder Judiciário, pois tais atos dispõem de certa margem de liberdade de atuação, tendo em vista que a lei não tipificou um único comportamento possível da Administração Pública diante de determinada hipótese objetiva, deixando um campo aberto para a atuação subjetiva do agente público, no que diz respeito ao mérito do ato administrativo, cabendo-lhe, portanto, atuar da forma que melhor atenda aos interesses públicos, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade.

A competência discricionária, no entanto, encontra limites nos princípios da realidade e razoabilidade, os quais atuam sobre o motivo e o objeto do ato, cuja integração, realizada pela análise da conveniência e da oportunidade, dimensiona o mérito administrativo e, em última análise, delinea os contornos dos limites do controle judicial.

O controle judicial, nesta hipótese, é, portanto, plenamente possível, diante de uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos, com fulcro no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, e em busca da finalidade pública tutelada em sua norma de regência.

Referido controle, além de manter integro o campo de apreciação subjetiva do administrador, coíbe a prática de atos maculados por desvios de finalidade, decorrentes dos abusos da Administração Pública, de sorte a tornar viável um constante aperfeiçoamento do exercício da discricção administrativa, em benefício da sociedade brasileira como um todo, prezando sempre pela imutabilidade do sistema constitucional e suas garantias.

ABSTRACT: The constitutional system of the Brazilian Public Administration was established as a set of principles, sub and some rules, considered necessary to guarantee its internal order and unity, so that governmental entities and agencies can work in greater harmony as possible to the achievement of its purposes. In a general structure, at first, it will switch the search for a definition of the Public Administration Act and its separation into bound and discretionary act. Strictly speaking the latter has a margin of freedom from a concrete circumstance. If the exercise of that act (on behalf of the threshold) there is a violation of a constitutional principle, we are faced not only