



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública

Thárcila Gonçalves Massa

Rio de Janeiro

2015

THÁRCILA GONÇALVES MASSA

Controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública

Artigo Científico de conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professor Orientador: Rafael Iório.

Rio de Janeiro

2015

CONTROLE JURISDICONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thárcila Gonçalves Massa

Graduada pela Universidade de Direito Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A presente obra possui por objeto de estudo o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, analisando à luz da doutrina, jurisprudência e legislação pátria, com o finco de identificar a forma e o alcance (limite) de atuação pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Atos administrativos. Conceito. Classificação. Espécies. Controle Judicial. Limites.

Sumário: Introdução. 1. Conceito. 1.1. Ato administrativo vinculado. 1.2. Ato administrativo discricionário. 2. Princípios norteadores. 3. Limite de atuação do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui como princípio norteador a Legalidade que significa que somente estará autorizada a atuar dentro dos limites da lei, razão pela qual todos os atos administrativos possuem atributos da presunção de veracidade e de legitimidade.

Porém, existem os atos discricionários que se encontram como objeto de uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial, pois existe uma corrente que acredita que tais atos não poderiam ser objeto de controle judicial, uma vez que fiquem a cargo

da oportunidade e conveniência da Administração Pública. Já para a corrente contrária tais atos são perfeitamente passíveis de sofrerem controle judicial, uma vez que possuam três elementos vinculados, quais sejam forma, finalidade e competência. Elementos comuns a todos os atos administrativos, o que os torna, nesse aspecto, vinculado. Ou seja, dos cinco elementos que o compõem, três são vinculados e dois são discricionários. Isso legitimaria sim um controle jurisdicional.

Todos os atos da Administração Pública devem ser voltados a atender as necessidades e anseios da coletividade, ou seja, atender aos Interesses Públicos. Logo, pode-se resumir interesse público como os direitos subjetivos constitucionais do povo, devendo ser controlado através de um instrumento adequado para evitar a ocorrência de arbitrariedade, ilegalidades e lesões.

Essa discussão doutrinária agrega vários doutrinadores que se dividem em suas opiniões e fundamentações. O presente tema analisa também o Princípio da Separação dos poderes, bem como, outros princípios norteadores do Direito Administrativo.

Desta forma, o trabalho procura analisar o poder de atuação da Administração Pública, bem como o Limite de atuação do Poder Judiciário, uma vez que seja o instrumento existente para efetuar o devido controle dos atos praticados pela Administração Pública.

Por fim, o estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. CONCEITO

Para distinguir Ato Administrativo Vinculado de Ato Administrativo Discricionário, faz-se necessário conceituar ambos os atos, para delimitar suas diferenças e seus limites. Se não vejamos.

1.1. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO

Antes de conceituar Ato Administrativo vinculado, faz necessário definir o que seja Ato administrativo. Vejamos.

Ato Administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles¹ 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 obrigação aos administrados ou a si própria.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro² entende ato administrativo como uma declaração do Estado ou de quem o representa, produzindo efeitos imediatos, observando a Lei, sob regime jurídico de Direito Público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Os atos administrativos são constituídos de cinco elementos, quais sejam: forma, finalidade, objeto, competência e motivo. Esses elementos estão presentes em todos os atos administrativos. A grande diferença é quais têm efeitos vinculantes e quais são discricionários, ou seja, dependerão da conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Existem também alguns atributos presentes no ato administrativo, quais sejam: presunção de legitimidade e veracidade, uma vez que se acredita que todos os atos administrativos sejam praticados por agente competente e legítimo. Existe também o atributo de autoexecutoriedade, ou seja, o ato para ser praticado não necessita do auxílio de outro Poder Público para efetivar sua conduta; tipicidade, a administração só pode agir dentro dos limites legais previamente previstos; e imperatividade, suas decisões possuem soberania sobre outras.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo brasileiro, 22 ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 187.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 23 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 225.

Importante mencionar que a presunção de legitimidade e veracidade são relativas, ou seja, aceita prova em contrário, que deverá ser apresentada pela parte prejudicada.

Mediante tais conceitos, podemos definir que o Ato Administrativo Vinculado é o ato praticado pela Administração Pública, por agente público competente e que observou todos os requisitos exigidos em lei para sua prática. Esse ato possui todos os elementos vinculados à lei, não existindo espaço para discricionariedade.

1.2. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Os atos discricionários podem ser definidos como os atos praticados por agentes competentes, porém, sua finalidade, objeto e forma podem se submeter a um critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

O presente trabalho objetiva olhar para essa oportunidade e conveniência com uma lente de aumento, para verificar se existe um abuso de poder ou um desvio de finalidade nessa “brecha” que a lei conferiu a Administração Pública. E se houve a configuração de uma dessas duas ilegalidades, como podem ser corrigidas e reparadas? Quem pode exercer esse controle? Quais os limites de atuação desse controle?

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Direito Público brasileiro, possui diversos Princípios que objetivam indicar um caminho a ser seguido, bem como compor conflitos de direitos. Para melhor compreender o presente tema, suas definições e limitações, o direito apresenta alguns princípios que regem essa relação entre a Administração Pública e o administrado. Se não, vejamos:

Existe o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 37, CRFB, e é fruto do Liberalismo (período pós-revolução francesa) que defendia a superioridade do Poder Legislativo. Dentro desse princípio pode-se verificar a presença de dois desdobramentos, quais sejam: a supremacia da lei, ou seja, a lei é superior aos atos administrativos; bem como, reserva da lei, quer dizer que determinadas matérias só podem estar em lei e a atuação do Estado deve observar as regras contidas nessas leis.

Reza o Princípio da Legalidade que os atos praticados no exercício da função pública administrativa devem ser expressamente autorizados pela lei formal. Logo, Não há atividade administrativa lícita no silêncio da lei.

Pode-se concluir que a função administrativa é subordinada a função legislativa, uma vez que a atuação da Administração Pública depende de prévia autorização legal, artigo 5^a, inciso II, da CRFB. Tal princípio é essencial a contenção do Poder Estatal, ou seja, só a lei pode inovar de maneira absoluta a ordem jurídica.

Muito importante também o Princípio da Moralidade que rege a Administração Pública, previsto nos artigos 5^a, inciso LXXIII e 37, caput, da CRFB, juntamente com outros princípios: eficiência, publicidade, legalidade e impessoalidade, vem para orientar as atividades da Administração e demonstrar sua importância na prática dos atos administrativos.

Maurício Antônio Ribeiro citado pelo Professor Romeu Felipe Bacellar Filho³, define tal princípio da seguinte forma:

³- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: Max Limonad. 8.ed., São Paulo:Atlas, 2007, p. 287.

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa. Vislumbra-se nessa regra um caráter utilitário.

Desta forma percebe-se que o Princípio da Moralidade está intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, pois não basta que o agente público obedeça apenas o que diz a lei, é preciso que o agente pratique seus atos, observando a moralidade administrativa, que pode ser considerado um controle moral essencial para Administração Pública.

Com isso, passou-se a abandonar um pouco a Legalidade, caminhando para a Juridicidade, pois o direito posto não é o único instrumento a ser observado pela Administração Pública, em busca de resguardar a segurança jurídica.

Urge salientar também o Princípio da Segurança Jurídica, que embora não esteja expressamente previsto na Constituição da República, pode ser considerado um subprincípio da Moralidade e da Legalidade, por ser uma consequência lógica do Estado Democrático de Direito, considerando a previsibilidade de atuação do Estado, não podendo impor comportamento não previsto em lei anterior ou alterar situação jurídica já cristalizada.

Tal princípio veda a retroatividade da norma para prejudicar o particular, garantindo também a coisa julgada.

Como exemplo desse subprincípio, pode-se citar a vedação à Administração Pública de invalidar seu ato após cinco anos, prazo decadencial, consoante artigo 54, da Lei nº. 9.784/99.

3. LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Os atos administrativos praticados pela Administração Pública estão sujeitos a um controle pela própria administração, bem como, pelo Poder Judiciário, além do exercício do Poder Legislativo. Cabe informar que o controle realizado pela administração é mais amplo, uma vez que alcance não somente a legalidade como também o mérito.

À administração é permitido rever e revogar seus atos discricionários seja por conveniência ou oportunidade ou anulá-los quando verificar alguma ilegalidade. Nesta hipótese de anulação, o efeito é *ex tunc* retroagindo o ato a sua origem.

Um tema também relevante é o prazo para a anulação dos atos administrativos praticados por agente público. Hely Lopes Meirelles ensina que a anulação poderá assumir a modalidade de cassação, ocorrendo quando, embora legítimo na sua origem e formação, o ato torna-se ilegal na sua execução. Já Alexandrino e Vicente entendem que a cassação é uma espécie autônoma de invalidade dos atos administrativos, como bem ocorre com a revogação.

Tema pertinente também é o instituto de convalidação do ato administrativo, que pode ser efetuado sempre que tal ato não houver ocasionado lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiro, bem como meras retificações que não tornaram nulo o respectivo ato. Esse instituto possui efeitos *ex nunc*, retornando o ato em sua forma original como antes. A convalidação está regulada na Lei nº 9.784/99.

O Estado possui deveres jurídicos que correspondem aos direitos subjetivos dos particulares, ou seja, esses podem exigir do Estado a observância das normas jurídicas.

Para que esses direitos sejam protegidos, é necessário que o Estado se submeta a um controle de legalidade dos seus atos, por um órgão independente, ou seja, a jurisdição como qualquer outro sujeito de direito.

Em contrapartida, faz-se necessário garantir ao particular o direito de acesso à jurisdição, o que lhe é outorgado pela Constituição da República, consoante o Princípio da Garantia da Via Judiciária ou a Inafastabilidade da Jurisdição, consoante art. 5º, inciso XXXV.

As garantias constitucionais se aplicam tanto para crimes como para as infrações administrativas, isso porque o legislador tem a opção de escolher se certo comportamento será tipificado como crime ou infração administrativa. Isso visa garantir a segurança jurídica.

Sobre os atos discricionários, existe ainda, uma grande discussão sobre se pode esse ser subjugado a análise pelo Poder Judiciário, medida em que se embasa devido a presença de convenções por parte dos administrados que tomam as decisões, dando maior risco na violação de direitos. Em contrapartida, levantasse o ponto de independência entre os poderes estatais e o respeito a soberania de cada um.

Desde a metade do século XX, como consequência dos conflitos mundiais, dos atentados aos direitos fundamentais, vem se defendendo a ampliação do controle jurisdicional da Administração Pública.

Tem-se questionado muito se deve ou não se excluir da apreciação do Poder Judiciário o Ato Discricionário, praticado pela Administração Pública, que causem lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição da República e jurisprudência que proporcionam o pensamento neste aspecto.

Desta forma, resta claro que coexistem duas correntes divergentes doutrinárias a respeito do controle jurisdicional, dos atos administrativos discricionários, chegando ao ponto de admitir a substituição judicial das decisões discricionárias e das que envolvam valoração de conceitos indeterminados, por meio de medidas indicadas por órgãos jurisdicionais.

Consoante Moraes⁴, na Espanha e na Alemanha, a doutrina tem se mostrado favorável ao controle jurisdicional, dos atos administrativos discricionários, chegando ao ponto de admitir a substituição judicial das decisões discricionárias e das que envolvam valoração de conceitos indeterminados, por meio de medidas indicadas por órgãos jurisdicionais.

No Brasil, o entendimento que vem prevalecendo é que se o ato discricionário realizado pelo agente público observar os limites da lei, não deverá ser revisto pelo Poder Judiciário, salvo quanto aos elementos vinculados, quais sejam: competência, finalidade e forma. Desta forma, toda vez que, existir litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito, mediante conceito indeterminado, caberá ao judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, observou os preceitos legais dos elementos vinculantes do ato.

Corroborando com esse entendimento, Gasparini⁵, aduz *in verbis*:

Costuma-se sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Poder Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder na conveniência e oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração.

Diante dos fatos apresentados, resta claro o entendimento seguido no Brasil que não existe poder de atuação absoluto pela Administração Pública. Esta sempre, na prática de todos os seus atos, sejam vinculados ou discricionários, observar os limites legais, previstos na forma de Princípio Constitucional: Princípio da Reserva Legal, para fazer valer suas decisões e entendimentos.

⁴. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 108.

⁵. GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210.

O Poder Judiciário, desta forma, age como um órgão fiscalizador, com o intuito de proteger os direitos e garantias constitucionais da coletividade.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico abordou o tema do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários, visando esclarecer o que são esses atos e quais controles pode sofrer em especial o controle pelo Poder Judiciário.

Expões também, as diferentes correntes doutrinárias e posicionamentos jurídicos a respeito do presente tema.

Contudo, se presa pela maior fiscalização dos atos administrativos discricionários, assim como, pelo controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário. Muito embora esse controle não substituirá a vontade do administrador, mas fiscalizará suas verdadeiras intenções, com o intuito de evitar o abuso de poder e o desvio da finalidade do Interesse Público.

Não se pode perder de vista o real e tão aclamado Interesse Público, que para o presente artigo, vem ser a busca pelo bem comum, ou busca pelo melhor interesse da maioria, observando sempre as garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia: crise e superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *O fortalecimento da instância local pela globalização: um contributo para a democracia*. Disponível em: <<http://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/documentos/revistas/2011/artigo13.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Audiência pública para o licenciamento ambiental para as obras da Linha 4 do Metrô, 2012, Centro Esportivo da Rocinha. *Notas taquigráficas*. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BxSgcH3QIaqxejBCM2JTUHdUVmFXSEotSEZneDRGUQ/edit?pli=1>. Acesso em: 17 out. 2014.
- _____. Audiência pública para o licenciamento ambiental para as obras da Linha 4 do Metrô, 2012, Escola Estadual André Morruah. *Notas taquigráficas*. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BxSgcH3QIaqxM1UzaHhQektTVVNCYnlJaTIyYUpNUQ/edit?pli=1>. Acesso em: 17 out. 2014.
- _____. *Parecer técnico-jurídico GATE/MPRJ nº 003/2012*. Disponível em: <http://rap.gov.br/?p=88>. Acesso em: 17 out. 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/13_Adm._Consensual_-_versao_final_-_26.03.08_2.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O bom governo e a boa administração*. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/21_BomGoverno._Gazeta_do_Povo_abr_2008.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2014.
- _____. *Participação administrativa*. Disponível em: <<http://www.justinodeoliveira.com.br/wp->

content/uploads/2011/10/35_ParticipacaoAdministrativa.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2014.

_____. *Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa.* Disponível em:

<<http://www.professorrafaeloliveira.com.br/Backoffice/noticias/pdf/DEMOCRATIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20E%20O%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20PARTICIPA%C3%87%C3%83O%20ADMINISTRATIVA.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2014.