



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Poder Judiciário e a Motivação dos Atos Administrativos Discricionários

Amanda Wermelinger Pinto Lima

Rio de Janeiro
2012

AMANDA WERMELINGER PINTO LIMA

O Poder Judiciário e a Motivação dos Atos Administrativos Discricionários

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal etc.
Prof^ª. Kátia Silva
Prof. Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2012

O PODER JUDICIÁRIO E A MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Amanda Wermelinger Pinto Lima

Pós-Graduada pela Universidade Gama Filho –UGF. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo: O ordenamento pátrio tem avançado no propósito de aumentar, por parte do Judiciário, o controle sobre os atos praticados pela Administração Pública, com o objetivo de restringir, cada vez mais, a discricionariedade administrativa. Ao longo do trabalho, será analisada a motivação, o limite da discricionariedade e o controle jurisdicional. Será detalhada a necessidade de motivação dos atos administrativos, a fim de quebrar o dogma de o Poder Judiciário só possuir competência para analisar os atos administrativos vinculados.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Ato administrativo. Discricionariedade. Motivação. Poder Judiciário.

Sumário: Introdução. 1. Atos Administrativos. 1.1 Estrutura dos Atos Administrativos 2. O Princípio da Separação dos Poderes. 2.1 História 2.2 A Distinção de Funções do Poder 3. A Motivação e o Controle Jurisdicional 3.1 Atos Vinculados e Discricionários 3.2 Casos de Discricionariedade 3.3 Discricionariedade e Motivação como Parâmetros para a Fiscalização Judicial 3.3.1 Alicerce Constitucional 3.3.2 Controvérsias sobre a Motivação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática sobre a necessidade da motivação dos atos administrativos discricionários e a possibilidade de controle por parte do poder judiciárioNa

década passada, não se admitia a motivação dos atos administrativos discricionários, já que alegavam que sua utilização dependia exclusivamente da conveniência e oportunidade dos administradores. Desde então, o entendimento começou a se transformar. Há, ainda, uma série de divergências doutrinárias, as quais serão abordadas no trabalho, sendo a mais em voga o dever de motivação de todos os atos administrativos, a fim de possibilitar um controle mais eficaz pelo poder judiciário.

O texto tem como objetivo buscar demonstrar que com a efetiva motivação dos atos administrativos discricionários, será criada uma dificuldade para ações arbitrárias por parte dos administradores, sob o manto da conveniência e da oportunidade. Para tanto, o judiciário adentraria na motivação alegada, a fim de verificar se essa condiz com a constitucionalidade e com a legalidade.

Esse tema é de relevância latente, já que demonstra o cotidiano do poder judiciário. Muitas decisões são tomadas, por parte dos administradores, de forma autoritária e abusiva, pois possuem a convicção que nenhuma atitude será tomada para desconstituí-la. Os doutrinadores pró-Estado defendem a não intervenção judiciária, o que facilita a burla a proporcionalidade e razoabilidade dos atos.

Dessa forma, esse artigo busca argumentações para desconstituir essa máxima de não fiscalização.

Ao longo do texto será esclarecido o seguinte: o conceito de “ato administrativo discricionário”; o controle pelo poder judiciário, o qual não fere o princípio da separação dos poderes; se o poder judiciário pode controlar qualquer tipo de ato administrativo; se a motivação é um dos requisitos na confecção do ato administrativo discricionário, a fim do magistrado ter conhecimento das reais intenções do administrador; analisar os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade.

A metodologia usada foi a pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, por meio de posições doutrinárias e jurisprudenciais.

1. ATO ADMINISTRATIVO

O estudo do ato administrativo é o ponto de partida do trabalho. Cabe destacar que o seu estudo é um dos temas de maior relevância para o Direito Administrativo, já que representa, para o Direito Público, o mesmo que o ato jurídico significa para o Direito Civil.

O Estado, na concretização de seus objetivos, manifesta vontades e pratica inúmeros atos por meio de seus agentes que, substituindo a vontade estatal, efetuam atividades que visam à produção de efeitos jurídicos diversos, com o intento de atender ao interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles¹, o ato administrativo é conceituado como sendo toda manifestação provinda da Administração Pública, com vistas a adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações, que poderão ser fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Diógenes Gasparini² complementa tal definição ao estabelecer que o ato administrativo advém de manifestação unilateral por parte do Estado, provinda de uma relação estabelecida em conformidade com a lei. Aduz que toda prescrição, juízo ou conhecimento é predisposta à produção de efeitos jurídicos, sendo expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas.

Não se pode olvidar da estruturação traçada por Maria Sylvia Di Pietro³. A autora esclarece que os atos administrativos são compostos “ a) da declaração do Estado, sendo esta uma exteriorização do pensamento e que abrange tanto os órgãos do Poder Executivo como os

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.55.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p.188.

demais poderes; b) Sujeição a um regime jurídico administrativo; c) Produção de efeitos jurídicos imediatos, distinguindo-se, portanto, de lei; d) Possibilidade de controle judicial.”

Após abordar os pontos em que o ato administrativo é dividido, a autora discorre acerca de sua caracterização, a qual dispõe ser uma declaração advinda da Administração ou de quem a represente, produzindo efeitos jurídicos desde logo, subordinada a fiscalização pelo Poder Judiciário.

É a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de Direito Público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Por fim, há o conceito estabelecido por Celso Antônio Bandeira De Mello⁴, que, na mesma rota dos demais autores, defende ser o ato administrativo uma declaração do Estado no exercício de suas prerrogativas públicas, cabendo a vistoria pelo Poder Judiciário caso viole a legalidade.

Nesse sentido, depois de elencadas algumas definições de ato administrativo, pode-se alcançar um aspecto comum de todas, por meio do ajuste dos diversos significados. Assim, ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, ou de quem o represente, no exercício de suas prerrogativas públicas. Isso gera efeitos jurídicos imediatos, os quais se subordinam ao controle jurisdicional, tudo isso, com o fim de atender ao interesse da coletividade.

1.1 ESTRUTURA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.370.

Estrutura significa disposição e ordem das partes de um todo. O todo, ato administrativo, é subdividido em 5(cinco) partes as quais, hodiernamente, são conhecidas como elementos. Entre os doutrinadores, não há uma unanimidade sobre a identificação e o número desses elementos. Dessa forma, eles serão analisados e tipificados de acordo com o que estipula a Lei nº 4.717/65⁵, em seu artigo 2º. Nesse contexto, os atos administrativos possuem os seguintes elementos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Em uma breve comparação com o direito privado, o negócio jurídico é composto pelo sujeito capaz (artigo 104, I CC); objeto lícito, possível ou determinado (artigo 104,II CC); e forma prescrita ou não defesa em Lei (artigo 104,III CC). Dessa forma, já é possível notar certas diferenças entre o âmbito público e o privado.

Cabe, agora, elucidar cada elemento que compõe o ato administrativo.

Apesar de na Lei nº 4.717/1965, o artigo 2º, alínea “a” mencionar a *competência* como um dos elementos do ato administrativo, será analisado o elemento sujeito, sendo este o indivíduo que emana a ordem.

Sujeito é pessoa física dotada de quantidade de poder que lhe foi atribuída pelo sistema normativo e que possua competência para a prática do ato, além de dever ter capacidade específica para a realização de determinado ato.

O elemento da competência pode ser equiparado com o da capacidade do direito privado. Essa é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas.

No entanto, o Direito Público recebe um toque a mais, pois exige, além das condições necessárias à capacidade, que o sujeito atue dentro da vontade traçada pela lei. Dessa forma, conclui-se que a função administrativa é subordinada aos ditames legais.

É na lei que se encontram os limites e parâmetros das atribuições dos sujeitos (agentes públicos), pessoas administrativas e órgãos públicos. Entretanto, essa não é a única

⁵ BRASIL. Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 26 de setembro de 2010.

fonte de competência administrativa. A Constituição, norma em grau máximo de excelência, estabelece os ditames para os órgãos e agentes de elevada hierarquia.

Portanto, a competência dos sujeitos pode estar prevista na Constituição, em leis infraconstitucionais ou até mesmo em normas administrativas.

A competência pode ser definida de acordo com alguns critérios, os quais irão organizar e distribuir tarefas, sejam eles:

a) no que diz respeito à matéria, há uma especificação de funções a fim de haver melhor execução. É a competência que se distribui entre Municípios e Secretarias;

b) no que diz respeito ao lugar, tem que haver descentralização territorial para melhor execução das atividades administrativas;

c) no que diz respeito à hierarquia, as funções são distribuídas de acordo com sua complexidade, sendo que as de maior grau de dificuldade são dadas aos agentes com maior responsabilidade;

d) no referente ao tempo, a lei pode autorizar determinado sujeito à prática de certo ato durante um espaço temporal X. Após esse lapso, é finda a competência.

A norma pode também autorizar o agente a transferir a outro, geralmente em grau hierárquico inferior, sua capacidade originalmente estabelecida. É o que se chama de delegação de competência. Para que tal fato ocorra, a lei deverá estabelecer expressamente.

Passa-se, agora, ao estudo do segundo elemento do ato administrativo, a *forma*.

Como bem salienta Maria Sylvia Di Pietro⁶, a forma possui dois âmbitos. São eles, o *restrito*, que considera forma o modo pelo qual o ato se exterioriza; e o *amplo*, sendo esse todas as formalidades que devem ser observadas durante a formação de vontade por parte do Estado.

⁶ DI PIETRO. Op. CiT., p. 200.

Para ser considerado válido o ato, sua forma deve ser a prevista legalmente. Logo, não basta só a exteriorização da vontade pelo agente administrativo (concepção restritiva); ele tem que seguir os ditames legais, sob pena de viciar o mesmo.

O sujeito pode praticar um ato administrativo ou até mesmo uma série de atos. Se um ato do procedimento for vicioso, gerará invalidez de todo o procedimento, já que não fora devidamente observado o devido processo legal.

O Direito Público estabelece, no que diz respeito à forma dos atos, o princípio basilar da solenidade, já que o interesse da coletividade prevalece sobre o do particular. É regra que o ato seja escrito, registrado e arquivado. No entanto, existem algumas exceções que possibilitam a Administração manifestar-se através de outros meios, como é o caso de gestos (vide o exemplo dos guardas de trânsito), palavras ou até mesmo sinais (semáforos nas ruas).

É importante destacar que a adequação à forma exige certa razoabilidade por parte do intérprete. Em situações específicas, o seu vício poderá se tornar mera irregularidade sanável, o que não prejudica o conteúdo jurídico do ato. Um exemplo poderá esclarecer. Suponha-se que o ato teria que ser formalizado por ordem de serviço e foi por portaria. Anular o ato seria uma punição muito grave. Bastaria sua correção e, após, sua convalidação, pois não houve interferência em seu conteúdo.

Porém, na maioria das vezes, quando não se observa a forma prescrita em lei, o vício é insanável. Dessa forma, ele deverá ser anulado e, posteriormente, refeito.

Cabe analisar, agora, o terceiro elemento do ato administrativo, o *objeto*. Este é o objetivo que o ato administrativo se propõe a produzir, é o desejo imediato da vontade do ato, onde a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação, a extinção ou a declaração de direitos são efeitos jurídicos propagados pelo próprio ato.

Regis Fernandes de Oliveira⁷ estabelece uma diferenciação entre conteúdo e objeto. Baseado na Teoria de Zanobini, aquele dispõe, em sua tese, que o objeto não é elemento do ato e que o conteúdo é o próprio ato. Observe:

O objeto, no entanto, não é elemento nem condição de validade do ato administrativo, uma vez que se não for lícito, possível, físico e juridicamente, certo e determinado, razoável e moral, a nulidade alcança o próprio conteúdo do ato. O vício não será em decorrência do objeto, mas sim em virtude da prescrição estar viciada, porque recai sobre objeto indevido.

O conteúdo, em suma, é o próprio ato, é a prescrição dele. Por exemplo, quando se desapropria algum imóvel, o conteúdo do ato é a própria desapropriação, enquanto seu objeto é o imóvel expropriado.

No entanto, é importante deixar claro que, para o ato administrativo, o que realmente tem relevância é a produção de efeitos jurídicos. Dessa forma, independe o nome utilizado.

Cabe destacar que, como no Direito Privado, o objeto tem que ser lícito (prescrito ou não defeso em Lei); possível (capaz de ser realizado) e determinado ou determinável.

O quarto elemento do ato administrativo é o *motivo*. Esse será objeto de uma breve explanação, pois seu conteúdo será melhor desenvolvido *a posteriori*, quando forem estudados a motivação ou não dos Atos.

Aprioristicamente, é mister ressaltar a definição do elemento motivo. Esse é o pressuposto de fato ou de direito, o qual serve de fundamento ao ato administrativo. Entende-se como pressuposto de direito o dispositivo legal em que se baseia o ato. Já pressuposto de fato é o conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticar tal ato; essa não possui descrição legal.

Regis Fernandes de Oliveira⁸, em sua obra, explica o porquê de não se considerarem os motivos como um dos elementos dos atos administrativos. O autor dispõe que:

Por motivo entende-se o pressuposto de fato, as circunstâncias objetivas que autorizam a prática do ato. Revela-se o motivo no mundo empírico, podendo ser multiformal e absolutamente vasto. Qualquer acontecimento do mundo dos fatos pode ser trazido para o campo do direito. A hipótese da norma prevê determinada situação fática, em nível e em caráter abstrato e genérico, devendo a ocorrência, no

⁷ ZANOBINI apud OLIVEIRA, Regis Fernandes de *Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

⁸ Ibid. p. 69.

entanto, ser sempre possível. Quando o direito positivo as recolhe e as qualifica, passam a ter vida no mundo do direito. Para que ocorra a incidência normativa, ou seja, a adequação entre aquele fato do mundo empírico(motivo) e a hipótese normativa, basta a possibilidade de sua ocorrência.

Em suma, argumenta que, quando ocorre uma situação no mundo dos fatos, que se adapte ao mundo jurídico, haverá uma fagocitose, na qual o fato passará a ter vida no campo do direito.

O autor dispõe que o motivo é a hipótese fática, que ainda não entrou no mundo jurídico. É o fato do mundo empírico. Portanto, o motivo não seria elemento do ato.

Data maxima venia, não é adequado esse pensamento, pois o motivo pode ser enquadrado, como já fora mencionado, em “de direito” ou “de fato”. O de direito já está delineado na norma legal, no qual o agente nada pode fazer a não ser praticar o ato assim que a hipótese de incidência esteja configurada.

Quando a lei não delinea a situação fática, o agente tem o dever de verificar sua ocorrência, por meio de critérios de caráter administrativo como a conveniência e a oportunidade, sem se afastar dos princípios que norteiam a Administração. Apesar de não existirem situações normativadas, nesse caso, o agente tem a obrigação de seguir os princípios, atendendo sempre o interesse público.

Há uma hipótese fática que, quando entra no mundo jurídico, passa a ser o motivo. Dessa forma, o motivo não é hipótese fática, mas sim a sua concretização. Portanto, ele é um dos elementos do ato administrativo.

Alguns autores interligam os motivos e o objeto em um único conceito, o de mérito administrativo. José Dos Santos Carvalho Filho⁹ dispõe que mérito administrativo é a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato administrativo.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos . *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.119

Após esse breve discurso sobre os motivos, no qual conclui-se ser elemento do ato, passa-se a pormenorizar o quinto elemento, qual seja, a *finalidade*.

Último, mas não menos importante elemento estrutural do ato administrativo, a finalidade ocupa um papel de destaque no estudo. Ela compreende a conclusão, o resultado que a Administração busca com a prática de determinado Ato. A finalidade é o elemento mediato, o fim maior a ser alcançado.

Podem-se relacionar dois sentidos distintos quando se trata desse elemento:

- a) o sentido amplo (*lato sensu*);
- b) o sentido estrito (*stricto sensu*).

O primeiro diz respeito ao interesse público ao qual o ato está dirigido. Não se pode privilegiar desejos individuais, prejudicando toda uma coletividade. Já no segundo caso, a finalidade é a conclusão específica que cada ato deve produzir, de acordo com o estipulado na lei. A finalidade sempre provém de fins explícitos ou implícitos na legislação.

Maria Sylvia Di Pietro¹⁰ estabelece, em sua obra, que diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Entretanto, não se pode olvidar que o administrador, a fim de ver satisfeita vontade própria ou de outrem, cambie a finalidade do ato praticado. Ele, ao exercer competência que possui legitimamente, utiliza um determinado ato a fim de buscar finalidade diversa daquela que lhe fora atribuída legalmente ou até mesmo busca finalidade alheia ao interesse público. É o que se chama de “desvio de finalidade” ou “desvio de poder”.

Cabe exemplificar os casos supramencionados. Suponha-se que o agente remova um funcionário de suas atribuições, ao invés de castigá-lo. A sanção ideal ao caso seria uma

¹⁰ DI PIETRO. Op. CiT., p.202.

simples punição. Contudo, o administrador, desviando a finalidade estrita do ato, remove o funcionário. Este é o exemplo do desvio legal.

No que diz respeito ao desvio de finalidade amplo, pode-se mencionar a situação na qual o Estado desapropria um imóvel de propriedade de um inimigo do Chefe do Executivo, com o fim pré-determinado de prejudicar o desafeto.

Em ambas as hipóteses o ato será ilegal, portanto nulo de pleno direito.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES

Para que se analise da forma adequada o Princípio da Separação Funcional dos Poderes, é necessário que se adentre em sua história, a fim de compreender melhor os parâmetros que são utilizados hodiernamente.

2.1 HISTÓRIA

A separação dos poderes apresenta-se como mecanismo essencial à garantia do exercício moderado do poder e à consequente contenção do totalitarismo. Princípio geral constitucional, possui uma antecedência histórica invejável, já que buscou regulamentar as relações de governantes e governados a partir do século XVIII.

Sob o prisma dos ideais trazidos pelo liberalismo político do século XVIII, surge a Teoria da Separação dos Poderes, a qual esclarece não ser possível a concentração de poderes

em uma única pessoa, já que poderá trazer situações de arbitrariedade. Montesquieu¹¹ dispõe que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido com o Poder Executivo não existe liberdade (...) tão pouco existe liberdade se o poder de julgar não fosse separado do Executivo e do Legislativo (...) tudo estaria perdido se o homem (...) exercesse três poderes.

Montesquieu¹² alerta que os primeiros pensamentos acerca da divisão das funções Estatais é encontrada na obra “A Política”, de Aristóteles. Esse autor dispõe que o governo possui três partes: uma encarregada de deliberar sobre os negócios públicos, a segunda que exerce a magistratura e uma terceira que administra a justiça. Cabe destacar que o pensador supracitado foi o mais antigo a discorrer sobre a atribuição de cada parte do governo. Entretanto, esse não foi o indivíduo que elaborou a tese da separação dos poderes.

Montesquieu¹³ salienta também que John Locke, em 1690, inspirado na ascensão do liberalismo político, opositor ao absolutismo monárquico, publica dois tratados sobre o governo. Partindo de uma análise sobre eventos importantes no território inglês, o pensador afasta a divisão de poderes estatais, pois não confere autonomia ao Poder Judiciário, estabelecendo uma supremacia legislativa sobre os demais.

A obra de Charles Montesquieu, de 1748, claramente evidenciou as diferentes formas de governo ao longo da história, quais sejam, a Monarquia, o Despotismo e a República. Ao final, reinterpretou a tese do filósofo inglês John Locke por meio da Constituição Inglesa, o que fez surgir a Teoria da Separação dos Poderes.

É de suma importância destacar que a teoria está consagrada na idéia de poderes distintos e especializados, com a destinação a diferentes órgãos o encargo de se contrabalancear no seio do Estado, como forma de evitar abusos decorrentes da concentração do poder.

¹¹ MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p.35.

¹² *Ibid.*, p. 106.

¹³ *Ibid.*, p. 107.

Cabe destacar que Montesquieu partiu da premissa na qual a concentração de poderes em uma única pessoa ou órgão deveria ser evitado a todo custo. Caso não fosse possível, estar-se-ia fomentando a possibilidade de um poder sem limite. Dessa forma, seria imprescindível um sistema de contenção do poder pelo próprio poder.

Era necessário que um Poder detivesse o outro e que todos devessem atuar de maneira harmônica. O Poder soberano é uno e indivisível, mas suas funções devem ser diversificadas, devendo, para cada uma delas, ser criado um órgão próprio, que vem a ser um Poder.

2.2. A DISTINÇÃO DE FUNÇÕES DO PODER

O Princípio da Separação Funcional de Poderes encontra-se disposto na Constituição e possui como objetivos essenciais a proteção da liberdade do cidadão diante do Estado, com a função de primar pela dignidade da pessoa humana, bem como aumentar a eficiência do Estado e evitar a formação de governos absolutos.

Dessa forma, o exame de tal princípio deve agrupar o exercício do poder pelos diversos órgãos, a fim de que haja a descentralização das atividades estatais.

Pela perspectiva funcional de poder, o legislativo é responsável pela edição de normas gerais que formam o direito, denominadas leis. Por outro lado, a função judicial e executiva compreendem a concretização dessas normas. A primeira aplica a lei ao caso concreto quando há lesão ou ameaça de direito, enquanto a segunda tão somente executa o comando legal. Observada a sistemática legal, cabe observar que a intervenção do Poder Judiciário será definitiva, sendo essa a maior diferença da função legislativa.

Por uma perspectiva orgânica, a separação dos poderes é examinada sob o aspecto dos diversos órgãos que exercem as funções estatais.

Cabe destacar que, hodiernamente, exige-se uma maior interpenetração e harmonia entre os poderes. Com isso, eles passam a desempenhar não só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções de outros poderes. Tendo em vista essa nova feição, a doutrina consolidou o mecanismo de controle recíproco entre os poderes, também chamado de checks and balances.

O doutrinador Vicente Paulo¹⁴ destaca que esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a interferência legítima de um poder sobre o outro, nos limites da Constituição.

Com o intento de impedir o desmando de um poder em detrimento de outro, a Constituição Federal elencou inúmeros exemplos que traduzem o equilíbrio entre os poderes: o art. 66, § 1º enuncia o veto que pode ser emitido pelo Poder Executivo sobre o Legislativo nos projetos de lei elaborados por este poder. Por sua vez, o art. 66, § 4º, ao atribuir ao Poder Legislativo a possibilidade de rejeição do veto do Executivo, também o está controlando. O Poder Judiciário, por outro viés, vistoria ambos através do controle de legalidade dos atos praticados por aqueles. Todavia, é de acordo com o art. 101, parágrafo único, art. 104 parágrafo único e com o art. 107 da Carta Política que o Chefe do Executivo, nomeia os membros dos Tribunais Superiores, controlando politicamente o Poder Judiciário.

Com efeito, além de suas funções típicas, os poderes também desempenham funções atípicas, sempre que a Constituição Federal autorize. Exemplos esclarecedores são os casos em que o Poder Legislativo exerce poder jurisdicional ao julgar o Presidente da República quando esse comete crimes de responsabilidade (art. 52, I da CRFB/88), ou quando o Poder

¹⁴ Paulo, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2008, p. 385.

Judiciário exerce função normativa ao elaborar os regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, “a” da CRFB/88).

Após uma breve abordagem sobre o Princípio da Separação Funcional de Poderes, passa-se ao estudo do tema central do presente trabalho, qual seja, o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

3. A MOTIVAÇÃO E O CONTROLE JURISDICIONAL

Ao ingressar no tema central do artigo, qual seja, a motivação dos atos administrativos discricionários e o controle por parte do Poder Judiciário, torna-se imprescindível fixar definições como a de “vinculação” e a de “discricionariedade”, capazes de respaldar todo o pensamento jurídico que virá.

3.1. ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

A Administração se encontra localizada em uma posição hierarquicamente superior ao particular, tendo em vista algumas características e poderes peculiares que a destaca. Todavia, cabe ressaltar que esses poderes são limitados pela lei, com o intento de impedir arbitrariedades e abusos por parte do agente administrativo.

Quando a lei previamente tipifica um único comportamento possível diante de um determinado caso, sem opção à Administração, tem-se a prática do ato vinculado. Nesse caso, são utilizados critérios puramente objetivos de legalidade, sob pena de correção judicial.

Por outro lado, quando a lei concede certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, o que possibilita ao administrador escolher entre várias decisões cabíveis, tem-se a realização do ato discricionário. Nessa hipótese, deve-se fazer uso dos critérios de conveniência e oportunidade, a fim de atender o interesse da coletividade.

A discricionariedade que a norma conferiu ao agente administrativo para que esse escolha entre duas ou mais possíveis alternativas não lhe é concedida em seu próprio proveito. Tal liberdade de escolha demonstra que a Administração Pública é aquela que se encontra em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um determinado interesse da coletividade.

Na função administrativa, não pode a lei limitar a capacidade de ação do administrador, haja vista que esta não consegue contemplar todas as soluções jurídicas para os inúmeros casos concretos. Nesse diapasão, delega-se a um agente administrativo legalmente investido, a competência para exercer a faculdade discricionária, visando atender, no caso concreto, com perfeição, à finalidade da norma. É nesse sentido que expõe Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵:

Discricionariedade 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 vertente.

É de suma importância destacar que o uso do poder discricionário não é totalmente livre, visto que alguns elementos, como a competência, a finalidade e, de acordo com a doutrina majoritária, a forma, estarão sempre presos ao que elenca a norma jurídicas. Além

¹⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op.CiT. p. 940

disso, tal poder deve ser exercido com equilíbrio e razoabilidade, pois não há discricionariedade fora dos limites da lei. Ultrapassados esse limites, a sua atuação passa a ser arbitrária, se configurando ilegítima, já que não poderá ser convalidada em nome de nenhum interesse.

O ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário. Este é editado em contrariedade com a lei, o que exorbita a sua competência. Dessa forma, é ilegítimo e inválido, cabendo correção judicial. Já na discricionariedade, o administrador decide dentro das soluções estipuladas na norma jurídica, sempre se baseando nos critérios de conveniência e a oportunidade para escolher a solução que mais conveniente ao interesse público.

3.2. CASOS DE DISCRICIONARIEDADE

Como visto anteriormente, a discricionariedade possui como norma orientadora a lei. E é esta que demarca as hipóteses de discricionariedade, as quais se apresentam nas seguintes formas:

a) quando a lei apresenta conceitos jurídicos indeterminados, com expressões dotadas de um alto grau de imprecisão quanto ao seu conteúdo. Nesse caso, admite-se valorações de diferentes graus por parte do intérprete. Entretanto, deve-se buscar sempre o sentido exato ou mais próximo à exatidão do conceito disposto na norma, interpretando-a restritivamente.

b) quando a lei concede à Administração a liberdade de escolha na efetivação de um ou outro ato administrativo. Nesse caso, o ato adotado será aquele que melhor atender o interesse público e a conveniência do serviço.

c) quando a lei se omite a respeito de determinada situação, já que é impossível o legislador prever todos os casos de incidência da norma. Nessa hipótese, o agente administrativo deverá se valer dos princípios públicos basilares da Administração para decidir com base no ordenamento jurídico.

A discricionariedade e a vinculação também se relacionam aos elementos do ato administrativo, quais sejam: a competência, a finalidade, a forma, o motivo ou o objeto.

A competência é um elemento que sempre será vinculado. A lei descreverá o espaço no qual o agente público estará autorizado a praticar o ato, exercendo a função administrativa.

No que tange à finalidade, ela também sempre será vinculada, pois a Administração sempre deve realizar seus atos pautando-se no interesse público.

A forma é outro elemento que sempre será vinculado, segundo corrente majoritária, tendo em vista que a lei fixa o modo de expressão da função administrativa, estabelecendo, por exemplo, que o ato será praticado através de decreto ou resolução.

Nesse diapasão, ao trata-se da discricionariedade, não se pode olvidar que esta poderá aparecer nos últimos dois elementos, o motivo e o objeto. Conceituando o motivo como sendo os pressupostos de fato ou de direito que fundamentam a prática de determinado ato, este pode ser vinculado ou discricionário. Quando a lei estabelece a razão de determinado ato, por exemplo a gratificação a que um servidor terá direito quando completar cinco anos de serviço, sem punições e sem ultrapassar um certo número de faltas, esse seria um ato vinculado.

Em contrapartida, será o motivo discricionário quando a lei não o fixar objetivamente, deixando a cargo da Administração a escolha, como é o caso do servidor comissionado que é exonerado *ad nutum*. Será também discricionário quando a lei utilizar conceitos vagos que serão denominados de conceitos jurídicos indeterminados. Estes, por não

possuírem exatidão em seu sentido, permitem ao intérprete atribuir certa valoração diante dos pressupostos da norma.

Por fim, com relação ao objeto, poderá ou não ser discricionário. Assim será quando a norma jurídica facultar ao administrador a escolha de um ou mais conteúdos para a prática de certo ato.

Dessarte, por mais que seja concedida liberdade de escolha ao administrador em determinado caso concreto, esse deverá atuar dentro dos limites impostos por lei, com a finalidade de evitar abuso de poder ou até mesmo arbitrariedade.

Assim, por estar atrelado à legalidade, caberá ao Poder Judiciário auferir se os atos editados estão de acordo com os limites ditados pelas normas jurídicas, por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.3. DISCRICIONARIEDADE E MOTIVAÇÃO COMO PARÂMETROS PARA A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL

Para que se possa compreender com mais profundidade sobre a necessidade de motivação dos atos discricionários, cabe destacar o alicerce constitucional e as controvérsias doutrinárias sobre o tema.

3.3.1. ALICERCE CONSTITUCIONAL

A motivação dos atos administrativos é obrigatória e encontra-se disposta em inúmeros princípios e dispositivos situados na Constituição Federal, especificamente nos artigos 1º, *caput*, II; parágrafo único; art. 5º, inc. XXXV e LIV e art. 93, X.

Com relação ao artigo 1º da Carta Magna, cabe salientar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, isto é, a junção dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito.

No Estado Democrático de Direito, o povo não só participa na formação da vontade estatal como também no controle dos atos administrativos, direta ou indiretamente. Nesse sentido, a fundamentação do ato administrativo passa a ser imprescindível para possibilitar a fiscalização dos atos pelo particular, o que legitima e efetiva a participação popular.

Cabe observar que, em conjunto com a motivação do ato, deve haver a publicidade desse, a fim de que se possibilite a atuação do cidadão no controle da juridicidade dos atos emanados do Poder Público. Logo, decorrência lógica do princípio da transparência é a regra geral segundo a qual os atos administrativos devem ser motivados. Com efeito, a motivação possibilita o efetivo controle da legitimidade do ato administrativo pelo órgão de controle e pelo povo em geral. De forma mais ampla, a cidadania fundamenta a exigência de motivação.

A obrigação de motivar pode ainda ser extraída do Princípio Republicano disposto também no artigo 1º da Constituição de 1988.

A República estrutura-se como organização política de um Estado, no qual um ou mais indivíduos são eleitos pelo povo, por meio de mandatos renováveis, para servir à coisa pública, visando sempre o interesse coletivo.

Tendo como base a definição supramencionada, tem-se que o administrador, ao praticar seus atos, atua no interesse comum e deve arcar com as responsabilidades. Assim, para possibilitar efetivamente tal responsabilidade, a motivação do ato torna-se

imprescindível, já que é o único meio que o particular administrado pode se valer para identificar a existência de motivos e sua vinculação a uma utilidade pública.

Não se deve olvidar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram aplicação, especialmente no controle de atos discricionários. Quando a Administração Pública pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade da utilização do ato com o caso concreto. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, o que gera um ato passível de anulação.

Por último, o princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio implícito na Constituição, também justifica a exigência de motivação dos atos administrativos.

Em suma, a motivação dos atos administrativos está localizada implicitamente na Carta Política de 1988, haja vista a adoção do Estado Democrático de Direito e da República, como forma de governo.

3.3.2. CONTROVÉRSIAS SOBRE A MOTIVAÇÃO

Como visto anteriormente, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos se encontra implicitamente prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como bem foi assinalado acima. Dessa forma, tal questão suscita longas discussões doutrinárias, girando em torno basicamente entre três posições.

Uma primeira corrente, defendida por Diógenes Gasparini e José Cretella Júnior¹⁶, entende que devem ser obrigatoriamente motivados tão somente os atos vinculados. Dessa maneira, o Poder Judiciário não poderia revisar os atos administrativos discricionários, tendo em vista a margem de liberdade existente para o administrador. Porém, caso o ato estivesse motivado, esse se submeteria a apreciação do Poder Judiciário. Em outras palavras, a motivação é facultativa nos atos discricionários. Todavia, se o agente administrativo optar pela motivação do ato, esse deverá se adequar à lei, a fim de evitar excesso, abuso ou desvio de poder.

Uma segunda posição, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷, argumenta que os atos vinculados, em regra, devem ser motivados e que os atos discricionários devem sempre ser motivados:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea a expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase que automática da lei, por não existir campo para a interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a pratica do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

Nesse sentido se posiciona também José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ ao elaborar a seguinte afirmação:

Como a lei já predetermina todos os elementos do ato vinculado, o exame de legalidade consistirá apenas no confronto do motivo do ato com o motivo legal. Nos atos discricionários, ao revés, sempre poderá haver algum subjetivismo e, desse modo, mais necessária é a motivação nesses atos para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa.

Por fim, uma terceira posição argumenta que todos os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, devem obrigatoriamente ser motivados. Neste diapasão,

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 158. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 100.

¹⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op.CiT., p.108.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op.CiT., p. 1181.

encontra-se Maria Sylvia Di Pietro¹⁹ que dispõe que “o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de duas decisões (...) a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos”.

Com a vênua devida aos defensores da primeira e da segunda correntes, a terceira é a mais acertada. A crítica feita à primeira posição é a de que os atos que merecem maior motivação não são vinculados, mas sim os discricionários. Já com relação à segunda posição, mesmo que os todos os elementos do ato estejam tipificados na lei, é necessário indicar o dispositivo legal que está sendo baseada a solução dada ao caso concreto. Dessa forma, isso é uma espécie de motivação do ato.

Nesse diapasão, conclui-se que quando a tipificação for muito aberta, é imprescindível a motivação do ato, a fim de evitar arbitrariedades. Em contrapartida, se a tipificação for quase toda fechada, como por exemplo, quando a lei concede duas escolhas ao agente administrativo, há, mesmo assim, a obrigatoriedade de motivação, já que ainda há mais de uma solução possível.

Por fim, se a tipificação for totalmente fechada, com uma única solução para determinado caso, persiste a obrigatoriedade de motivação, mesmo que com a indicação do dispositivo legal pertinente.

Os julgamentos serão diferentes conforme o juiz adote uma ou outra corrente doutrinária como certa. Devido a essa intensa instabilidade, os particulares passaram a propor ações questionando o caráter discricionário da Administração.

Por muitos anos fora defendida a tese de que o Poder Judiciário, em hipótese alguma poderia controlar o mérito dos atos administrativos discricionários. Isso porque, tal atribuição era realizada somente pela Administração, que, utilizando critérios de conveniência e

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.CiT., p. 82.

oportunidade, decidia entre duas ou mais possíveis soluções para um determinado caso concreto. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça se posicionava nesse sentido:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TARIFAS DE TAXIS. LEGALIDADE DO ATO.

(...)

É defeso ao poder judiciário apreciar o mérito do ato administrativo cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente a lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do estado.

Recurso improvido²⁰. (grifos nossos)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA.

I - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

(...)²¹

Entretanto, cabe destacar que é justamente pelo fato de os atos administrativos discricionários trazerem mais de uma solução possível perante uma situação, que se torna imprescindível a sua motivação. Como visto acima, quanto mais aberta for a tipificação do ato, mais essencial será a apresentação de motivos.

Tais motivos devem necessariamente estar de acordo com os princípios que regem o direito público, quais sejam, a impessoalidade, a legalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade etc. Nesse contexto, cabe ao poder judiciário verificar a correspondência do ato administrativo com tais princípios.

Se, ao analisar a escolha do administrador, esta se mostrar desproporcional e irrazoável, haverá violação à legalidade (*lato sensu*). Nesse caso, o magistrado é competente

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS. RO n. 1288*, da Primeira Turma, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DOU de 04 abr. 1994. Acessado em 15 de junho de 2010.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *MS n. 8042*, da Terceira Seção. Relator: Ministro Gilson Gipp. Publicado no DOU de 11 jun. 2003. Acessado em 15 de junho de 2010.

para verificar tal sujeição. Com isso, o juiz não se apossa da competência do administrador de analisar qual será a melhor solução dentre as possíveis.

Ao Judiciário é vedado usurpar o mérito administrativo, para anular determinado ato, com o argumento que o administrador deveria ter optado por outra medida mais razoável ao fim almejado. Compete-lhe sim, verificar no caso concreto, o mérito administrativo, com a finalidade de averiguar a existência de alguma desproporcionalidade ou injustiça e, caso esse juízo seja positivo, caberá ao magistrado proceder à anulação do ato.

Com base nesse raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello²² esclarece que o controle do ato pode ser feito através de seus motivos, da causa do ato e de sua finalidade, visto que é um meio de garantir o cumprimento do disposto em lei, o que não gera invasão do mérito pelo Judiciário.

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente a investigação dos motivos, da finalidade, e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto, fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

A Teoria dos Motivos Determinantes vem corroborar tal pensamento, haja vista que os motivos que a Administração indica para justificar a prática de um ato, somente serão válidos caso estes sejam verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, isto é, as razões de fato e de direito responsáveis pela extroversão da vontade. Assim, se o particular demonstrar que não existe a realidade fática constante no ato como determinante da vontade, estará tal ato inquinado de vício de legalidade.

Pode-se destacar um exemplo clássico, qual seja, aquele segundo o qual um servidor público é demitido pela prática de uma infração tipificada na lei. Competirá ao Judiciário examinar as razões e as provas constantes do processo administrativo, com o intento de verificar se o motivo de fato existiu. Caso conclua não ter havido infração alguma (ausência de motivo), será anulado o ato.

²² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op.CiT., p.945.

Nesse sentido, a atual jurisprudência brasileira começa a mudar seu pensamento conservador a respeito do tema. Em recente decisão de um Recurso Especial proposto dentro do âmbito de uma Ação Civil Pública, o Superior Tribunal de Justiça assim manifestou:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.²³

Cabe destacar as partes mais relevantes de decisão da Ministra Carmem Lúcia no RE 627531/RJ, que teve seu julgamento em 03 de agosto de 2010.

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AFASTAMENTO DE SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL DO CARGO DE DIRETORA DA FACULDADE DE EDUCAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ. ALEGADA SUFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO E CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS E DE ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. (...)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. AFASTAMENTO DO CARGO DE DIRETOR DA FACULDADE DE EDUCAÇÃO DA UFRJ. PORTARIA 2000/03. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO. NULIDADE.

- É sabido que a Administração realiza sua função executiva por meio de atos administrativos, que prescindem da existência de cinco requisitos fundamentais, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *ACP. RE n. 429570*, da Segunda Turma. Relatora.: Ministra Eliana Calmon. Publicado no DOU de 11 de nov. 2003. É oportuno destacar parte do voto do julgador: [...] Não obstante, a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os em que a Administração dispõe de faculdade de avaliação de critério de conveniência e oportunidade para praticá-los, isto é, os atos classificados como discricionários, é matéria que se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência e maior vanguarda. O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não se pode abster o Judiciário, sob alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado. [...]. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação

- Cuida o motivo da fundamentação fática ou jurídica com que a Administração sustenta a legitimidade da decisão tomada.
- No caso, a motivação, pressuposto sem o qual se transborda para o terreno da arbitrariedade, encontra-se viciada, donde tratar-se de ato nulo, do qual não decorre qualquer direito, o que garante, assim, o retorno da impetrante ao cargo de Diretora da Faculdade de Educação da UFRJ.
- A Portaria 2000/03 não exterioriza previamente os motivos que levaram a autoridade à prática do ato impugnado, condição fundamental para que se mantenha indene o princípio da legalidade.
- A motivação é meio que permite o controle da causa do ato e do próprio ato. Num Estado Democrático de Direito não há possibilidade da prática de ato administrativo sem total e real motivação. O dever de motivar convenientemente é exigido de uma Administração democrática, onde os cidadãos têm o direito de conhecer as razões pelas quais são tomadas as decisões, de forma a coibir possíveis abusos.
- Constatado que o ato administrativo atacado não apresenta o devido motivo, eis que limita-se a Portaria 2000/2003 a fazer referência a ‘irregularidades noticiadas no processo n. 23079.0256/00-16’, sem especificá-las, impedindo avaliar se, de fato, as circunstâncias reclamavam o afastamento cautelar da impetrante de suas funções, há que se concluir por sua recondução ao cargo anteriormente ocupado” (fl. 224).

(...)

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

Razão jurídica não assiste à Recorrente.

Registre-se o que consignado pelo Desembargador Federal Relator em seu voto condutor:

“Compulsando os autos, verifica-se que a Portaria 2000/03 não exterioriza previamente os motivos que levaram a autoridade à prática do **ato** impugnado, condição fundamental para que se mantenha indene o princípio da legalidade. Foi-se o tempo em que o cidadão enquadrava-se subserviente às exigências e desmandos da autoridade. A motivação é meio que permite o controle da causa do ato e do próprio ato. Num Estado Democrático de Direito não há possibilidade da prática de ato administrativo sem total e real motivação. O dever de motivar convenientemente é exigido de uma Administração democrática, onde os cidadãos têm o direito de conhecer as razões pelas quais são tomadas as decisões, de forma a coibir possíveis abusos.

(...)

Assim, constatado que o ato administrativo atacado não Apresenta o devido motivo, eis que limita-se a Portaria 2000/2003 a fazer referência a ‘irregularidades noticiadas no processo n. 23079.0256/00-16’, sem especificá-las, impedindo avaliar se, defato, as circunstâncias reclamavam o afastamento cautelar da impetrante de suas funções, há que se concluir por sua recondução ao cargo anteriormente ocupado”²⁴

É de se constar que, frente aos entendimentos mais recentes da jurisprudência dos Tribunais Superiores, houve um alargamento da atuação jurisdicional no âmbito dos atos administrativos discricionários. É imprescindível que se evolua, cada vez mais, a fim de que se possa fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial.

Tendo em vista as jurisprudências supracitadas, pode-se afirmar que a oportunidade e a conveniência do ato devem ser examinados sempre que se pretenda concluir pela sua

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE n. 627531/RJ*, da Primeira Turma. Ministra Relatora Carmem Lúcia. Publicado no DOU de 24/08/2010. Acessado em 20 de setembro de 2010.

conformidade ou desconformidade à ordem jurídica. É a partir do raciocínio acima esposado, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵ vem, muito bem, dispor o seguinte:

Confrontando a oportunidade e conveniência do ato praticado com os seus limites técnicos, o julgador está em condições de contrasteá-lo com padrões objetivos que conduzam à satisfação da legitimidade implícita na finalidade legal. Quando a lei faz uma previsão específica incompleta do interesse público caberá ao Judiciário examinar se a Administração a completou coerentemente com o sistema, utilizando os princípios instrumentais da realidade e da razoabilidade.

O controle dos limites possibilita cada vez mais a edição de atos administrativos bem motivados, transparentes e coerentes, afastando os autoritários e inertes atos administrativos, que sob a proteção de tabus doutrinários tanto prosperaram, cultivando a insegurança jurídica.

Portanto, cabe ressaltar que a lei por vezes apresenta parâmetros abertos, onde o agente administrativo irá adequar ao caso concreto. Desse modo, com o intento de preservar os princípios da Administração Pública, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a finalidade pública etc, evitando assim a arbitrariedade, os atos discricionários devem, obrigatoriamente ser motivados.

Tal motivação possibilitará o controle jurisdicional que, por meio do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, emanará o seu juízo de valor, podendo anular atos administrativos discricionários, fundados em insuficiência, incompatibilidade, inexistência e desproporcionalidade de motivo. Além disso, poderá anular também baseado na desconformidade, ineficiência e impossibilidade do objeto, tão somente controlando os limites objetivos do exercício discricionário, exercendo assim o controle da legalidade, um dever que lhe é próprio.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.83.

CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto, conclui-se que, frente aos novos julgados dos Tribunais Superiores Brasileiros e as novas orientações doutrinárias, pode-se constatar uma flexibilização da impossibilidade de controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. Um Judiciário de traços clássicos abre espaço para um Judiciário mais atuante e, por isso, co-responsável pela observância dos princípios públicos basilares da Administração.

Cabe destacar que os elementos do ato administrativo podem vir todos ou em parte elencados na norma jurídica. No primeiro caso, mesmo a lei já tendo predeterminado todos os elementos, será necessária a motivação, já que o exame da legalidade consistirá no confronto da motivação do ato com o parâmetro legal. Na segunda hipótese, como há espaço para subjetivismo do administrador, será imprescindível sua motivação, a fim de garantir a transparência e o controle do ato.

Nesse diapasão, os doutrinadores e a jurisprudência evoluem, no sentido de permitir que o Poder Judiciário adentre na discricionariedade administrativa, a fim de perquirir a adequabilidade dessa com os padrões impostos por lei.

Como instrumento de controle da mencionada discricionariedade, serão utilizados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que o caso concreto deverá ser resolvido pela aplicação do método jurídico da ponderação, porque qualquer solução resultará do confronto entre bens, valores e direitos abarcados pela ordem jurídica, colocando sempre em um patamar mais elevado a conveniência e a oportunidade dos interesses da coletividade.

Portanto, a discricção só inicia quando, ao término da interpretação da lei, remanesce para a autoridade administrativa a possibilidade de adoção de mais de uma solução que possa concretizar o interesse público. Ao surgir tal hipótese, haverá, então, uma zona livre de atuação do agente, que deverá ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, equilíbrio, moralidade, finalidade pública e legalidade, sob pena de desvirtuamento. O administrador, ao utilizar tais parâmetros, deve colimar a melhor solução requerida pelo interesse público, fundamentando-a com comedimento e perspicácia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 4.717*, de 29 De Junho de 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L4717.htm>>. Acesso em: 19 outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 62753*. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Publicado no DOU de 24 agosto 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *ACP RE 429570*. Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado no DOU em 11/11/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *MS n. 8042*. Relator. Ministro Gilson Gipp. Publicado no DOU de 11/06/ 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *MS. RO n. 1288*. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DOU de 04/04/1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTESQUIEU, Charles. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

SEIXAS, Marcos Bernstein. *A Evolução da Teoria da Separação dos Poderes do Estado*. Local: Revista Forense. V. 326, 1994.