

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da

Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

**A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN DEL MÉRITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DISCRECIONAL, EN RAZÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

**Juventino de Castro Aguado
Maysa Caliman Vicente**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de revisão do mérito dos atos administrativos discricionários pelo poder Judiciário frente aos princípios constitucionais. Estes atos apresentam elementos não regrados no ordenamento jurídico, dependentes do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. Esses elementos são denominados mérito do ato administrativo. Antes, detentor de ampla liberdade, por não estar regrado em lei, atualmente ele sofre mais limitações, ao ter de observar os princípios do Direito, especialmente aqueles elencados na Constituição Federal, em seu artigo 37. Em consequência, amplia-se a possibilidade de controle jurisdicional. O Poder Judiciário passa a exercer um controle de juridicidade da Administração como um todo, inclusive do mérito administrativo, desde que devidamente provocado pelos legitimados e respeitado os limites impostos pela própria Constituição. Em um Estado Democrático de Direito, esse controle jurisdicional do ato administrativo faz-se necessário para que possa haver o fiel cumprimento dos objetivos constitucionais previstos à República. Para o desenvolvimento da pesquisa utilizamos a metodologia analítico-dedutiva, valendo-se de livros, revistas científicas, artigos publicados em sites da internet, legislação ordinária, Constituição Federal e jurisprudência.

Palavras-chave: Ato administrativo, Mérito do ato administrativo, Princípios constitucionais

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como objetivo examinar la posibilidad de revisar los méritos de los actos administrativos discrecionales por el Poder Judicial con los principios constitucionales. Estos actos tienen elementos no regrados en el sistema legal, que dependen de la sentencia de la conveniencia y oportunidad del administrador público. Estos elementos se llaman méritos del acto administrativo. Antes, guardián de la libertad completa, ya que no se rige por la ley, que actualmente sufre más restricciones, la necesidad de respetar los principios del derecho, especialmente los que figuran en la Constitución, en el artículo 37. En consecuencia, aumenta la posibilidad de control judicial. El poder judicial tendrá un Consejo de control de la legalidad en su conjunto, incluyendo el mérito administrativo, si es provocado correctamente por el legítimo y respetando los límites impuestos por la propia Constitución. En un Estado democrático de derecho, donde la revisión judicial del acto administrativo es necesario para que sea posible el fiel cumplimiento de los objetivos constitucionales prestados a la

República. Para el desarrollo de la investigación se utilizó la metodología analítico-deductiva, haciendo uso de libros, revistas, artículos publicados en los sitios web, la legislación ordinaria, la Constitución y la Jurisprudencia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Acto administrativo, Méritos del acto administrativo, Principios constitucionales

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 trata em capítulo próprio da Administração Pública (Capítulo VII – Da Administração Pública, arts 37/43, CF/1988), estabelecendo o dever de obediência de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre outros, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O cerne de toda discussão, aliás, objeto de bastante divergência no mundo jurídico, está situada no papel e nas competências de cada um dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, estes dois últimos aplicadores da lei em casos concretos. Referimo-nos ao pensador Montesquieu (1689/1755) com sua teoria dos Três Poderes desenvolvida na obra “O espírito das leis” (*De l’esprit des lois*. Paris: Éditions Garnier Freres, 1973).

Nesta obra, historicamente de extraordinária envergadura e que nos últimos séculos nada há que se assemelhe, Montesquieu, ao analisar a natureza e o princípio do poder e do Estado, afirma que o que lhe interessa são as relações entre o poder e a forma como o poder se distribui na sociedade, entre os diferentes grupos e classes da população (J.A. Guilhon de Albuquerque, 1998, p. 116).

A teoria dos três Poderes se debruça na separação dos mesmos e na sua equipotência por serem eles dotados de igual poder (Idem, p. 119). As questões que são levantadas neste artigo nos obrigam a acercar-nos de Montesquieu.

A Administração Pública, enquanto atividade estatal deve resguardar a efetivação e realização do interesse público e deve ser controlada através de instrumentos adequados para evitar a ocorrência de ilegalidades, arbitrariedades ou lesões a direitos subjetivos.

Todas as atividades administrativas se encontram subordinadas à Constituição e às leis, isto é, o administrador público, quando da prática de qualquer ato, deve sempre agir em observância aos ditames legais.

A partir do atual modelo de Estado Democrático de Direito, não há dúvidas de que os atos administrativos podem e devem, sempre que necessário, passar pelo crivo do Poder Judiciário. Isso porque o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, previu que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

É de se ressaltar que os princípios da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal, dentre os quais destacamos o **princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da razoabilidade e da juridicidade** além de outros princípios previstos em nosso ordenamento jurídico devem ser observados na edição dos atos administrativos, e o Poder Judiciário deve também fazer uso destes mesmos princípios quando acionado para analisar o mérito de um determinado ato administrativo.

O presente artigo tem como objetivo verificar os atos administrativos e em caso de não cumprimento pelo administrador dos dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie a possibilidade de revisão do mérito dos atos administrativos pelo poder Judiciário frente aos princípios constitucionais inerentes à administração pública.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizada a metodologia analítico-dedutiva, valendo-se de livros, revistas científicas, artigos publicados em sites da internet, legislação ordinária, Constituição Federal e jurisprudência.

O artigo começa por conceituar os principais princípios da administração pública insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, em seguida trás o conceito de ato administrativo e trata do que vem a ser atos vinculados e discricionário, na sequencia aborda o mérito do ato administrativo, e passa a analisar os meios de controle jurisdicional do ato administrativo e a teoria dos motivos determinantes do Direito Administrativo, para por fim analisar a possibilidade de revisão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário caso não seja respeitado o texto constitucional.

2. Os princípios da Administração Pública

Além dos princípios administrativos textualmente previstos na Constituição Federal (Art. 37), reconhecem-se outros princípios que devem nortear a Administração Pública.

Dentre eles podemos elencar os seguintes: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade; princípio da motivação; princípio do controle judicial dos atos administrativos e princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Dentre os princípios que deverão ser utilizados pelo administrador na confecção do ato administrativo, podemos destacar:

2.1 Princípio da legalidade

Embora haja uma tendência em supervalorizar este princípio, no entanto, torna-se importante analisá-lo na totalidade do sistema constitucional verificando a supremacia de princípios e sua relação com as normas e valores, não permanecendo apenas a observância quanto a legalidade estrita de antigamente. Este é o princípio basilar do Estado de Direito, logo também do Direito Administrativo, que nasce com aquele, constituindo uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Esse princípio determina a submissão do Estado à lei e a proteção do particular contra arbitrariedades.

Em um contexto político, o princípio da legalidade determina que a atuação do Executivo esteja submetida a um poder concreto, a um quadro normativo, impedindo desvios e arbitrariedades.

Nesse sentido, a Administração Pública só poderá agir com base no que for permitido na lei, ao contrário dos particulares, que poderão agir de qualquer forma não proibida em lei (princípio da autonomia da vontade), como estipulado no artigo 5º, II da Lei Maior.

A análise da legalidade como princípio exigido nos atos da Administração, apresenta um sentido e um conteúdo puramente jurídico, na obediência ou não às prescrições legais, quanto à competência, manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma (Gustavo Binenbojm, 2006, p. 181/182).

2.2 Princípio da impessoalidade

Este princípio não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia, uma vez que a atividade da Administração deve ser sempre norteadada pelo interesse público, esta deve atuar com impessoalidade. O princípio da impessoalidade está previsto expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O presente princípio tem por fim impedir discriminações entre os administrados no exercício da atividade administrativa.

2.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade disciplina as atividades da Administração Pública e de seus agentes, de acordo com os princípios de ética e honestidade. Esse princípio atinge também os atos do particular no seu relacionamento com a Administração. A atividade administrativa deverá pautar-se na lealdade, boa-fé e sinceridade relativamente aos administrados. Este princípio vincula o administrador aos valores da ética e da honestidade, tão deterioradas.

É o que ocorre também com os atos administrativos discricionários. Mesmo que em consonância com o ordenamento jurídico, se o ato atentar contra a ética, honestidade, probidade, decoro, lealdade, sinceridade e boa-fé estará havendo violação ao princípio da moralidade administrativa e ao Direito, logo, este ato será passível de controle feito pelo Poder Judiciário. Até onde isso possa ser um fator de invalidação dos atos normativos, é uma questão muito polêmica, inclusive juridicamente.

2.4 Princípio da publicidade

Também consagrado expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal, o princípio em questão determina o dever da Administração de manter a transparência e a ampla divulgação de todas as suas atividades. Nenhum ato administrativo deve ser realizado às escuras, é a “*res publica*”.

Esse princípio tem grande importância quanto à motivação do ato administrativo. A ausência, nos casos em que a motivação é obrigatória, e a falsidade do motivo geram ilegalidade.

Compete à Administração Pública o exercício de atividades de interesse público. Logo os administrados são titulares legítimos a obter as informações pertinentes à atividade administrativa, principalmente os sujeitos individualmente afetados (DI PIETRO, 2007, p. 66).

2.5 Princípio da eficiência

Este princípio foi acrescentado ao Capítulo VII da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 19/98 (Emenda da Reforma Administrativa). É um princípio moderno, segundo o qual a Administração Pública deverá praticar suas atribuições adequadamente, não

apenas com legalidade, mas atendendo satisfatoriamente aos administrados. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p.82) sabiamente afirma que

o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições para lograr os melhores resultados, e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

O objetivo desse princípio é aferir melhores resultados, obtidos pelo bom desempenho das atividades administrativas. Esse princípio encontra identidade com o princípio da doutrina italiana da "boa administração", concernente ao equilíbrio da atividade administrativa com o ordenamento jurídico e a ótima prestação de seus serviços.

2.6 Princípio da Razoabilidade

A razoabilidade é um princípio geral do direito, pertinente ao Direito Administrativo, previsto expressamente na Lei nº 4.717/1985 - Lei da Ação Popular. A razoabilidade corresponde à adequação dos meios aos fins, devendo estes ser adequados e correlatos. A matéria de fato ou de direito que fundamentou o ato deve estar adequada ao resultado visado (objeto), constituindo o motivo do ato administrativo. Esta razoabilidade se enquadra na necessidade da lógica administrativa.

Outra aplicação do princípio em tela seria quanto à correlação entre o ato administrativo e a finalidade pública almejada.

2.7 Princípio da Juridicidade

O princípio da juridicidade é um princípio moderno, que compreende de forma mais ampla a totalidade das regras, princípios e valores do Direito. O princípio da legalidade já não atende mais, suficientemente, os objetivos do Estado de Direito. Passa a ocorrer um fenômeno de se analisar de um lado a legalidade, e de outro, os princípios, também elementos pertencentes ao Direito.

Devido à constitucionalização dos princípios, o princípio da juridicidade passa a limitar e legitimar a atuação estatal. Segundo esse princípio, a atividade do Estado deve ser regida pelo Direito como um todo, compreendendo este as regras e também os princípios. A visão mais ampliada, e também mais flexível na interpretação constitucional, da retaguarda a este princípio, com a garantia da segurança jurídica. Este princípio, coincide com os próprios fins do Estado Democrático de Direito.

Não há como desconsiderar que a vida em sociedade gera a necessidade, nos indivíduos que a integram, de poder prever a ação dos agentes públicos. Para isto é fundamental a existência de normas claras e definidas para saber a que ater-se. Este princípio geral referente à segurança jurídica está, ou deve estar, presente em todos os atos dos Poderes Públicos, sejam da natureza que forem e em todos os âmbitos.

O princípio da juridicidade chega a abranger a própria concepção de legalidade estrita, pois compreende também a necessidade dos atos jurídicos obedecerem às regras do ordenamento jurídico.

3. O conceito de ato administrativo

Não há na doutrina pátria muita divergência sobre o conceito de ato administrativo.

Para Cretella Júnior (2002, p. 152) ato administrativo :

é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 117) ensina que é:

[...] uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça às 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 judicial.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 476) diz que é :

[...] no sentido material, ou objetivo, como manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito.

Di Pietro (2007, p. 189) conceitua o ato administrativo como

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 do Poder judiciário.

4. Mérito do Ato Administrativo

Os atos praticados pela Administração Pública, quando da realização de sua atividade, são denominados atos administrativos vinculados ou atos administrativos discricionários.

Os atos administrativos vinculados são aqueles, cujo conteúdo encontra-se previamente definido na lei, não havendo margem para o administrador externar a sua vontade. Cabe ao mesmo somente executar aquilo que a lei prescreve, na forma e modo e com observância de todo o conteúdo previsto em lei.

Os atos discricionários são aqueles nos quais a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público em questão, ou seja, fica a critério do administrador a escolha daquilo que for mais adequado à realização da finalidade pública. Para tanto deve o administrador valer-se da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência para a prática de determinado ato. Isso é o que se chama de mérito administrativo.

O mérito corresponde a uma análise valorativa do ato praticado, quanto à sua adequação, igualdade, justiça e mesmo se é certo ou errado, bom ou mau, em face do interesse público a atingir.

De acordo com a definição de Maria Sylvia Z. Di Pietro, (2007, p.202)

o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e à oportunidade; só existe nos atos discricionários.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.38) define, de forma muito completa, o mérito administrativo:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Em se tratando de ato discricionário, não há que se confundir margem de escolha com liberdade absoluta do administrador, pois o ato discricionário deve sempre respeitar os limites legais e, segundo aduz Odete Medauar (2002, p. 162):

o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público.

Dessa maneira nenhum ato é totalmente discricionário, e sempre terá alguns elementos que deverão obrigatoriamente ser observados pelo administrador público por ocasião de sua elaboração. Todos os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, deverão ser analisados quanto à sua legalidade, e se está ou não adequado ao texto legal, devendo o agente público levar em conta todos e cada um dos princípios constantes no caput do artigo 37 da CF.

O ato administrativo discricionário ainda que considerado como competência privativa da Administração Pública, pode e deve ser analisado/submetido à apreciação do Poder Judiciário se houver erro na adequação ou apreciação do caso concreto ao direito, de inutilidade para o alcance de sua finalidade, ou de injustiça.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 690) afirma que:

Ao Poder Judiciário é permitido apreciar os motivos que levam ao ato administrativo discricionário, analisando a sua existência, falsidade e adequação quanto ao fim pretendido. Deverá haver nexos entre o ato administrativo e os fatos que o antecederam, além da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por tudo isto, os elementos discricionários do ato administrativo poderão sofrer a apreciação jurisdicional em face dos princípios gerais ou valores do Direito, principalmente se envolverem injustiça, inconveniência, inoportunidade e afronta a direitos individuais, não obstante alguns autores os entendam como imunes ao referido controle.

5. Meios de controle jurisdicional do ato administrativo

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública ocorre sempre mediante a provocação do poder Judiciário pelos legitimados. O direito de ação é garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, e há vários meios previstos em lei para se exercer essa provocação, dentre elas as ações reivindicatórias. Importante esclarecer que o caput do artigo 37 envolve os três Poderes (Montesquieu), dentro das competências que a cada um cabe.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1996, p.617-618), os meios de controle judiciário

são as vias processuais de procedimento ordinário, sumaríssimo ou especial de que dispõe o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão para obter a anulação do ilegal em ação contra a Administração Pública

Comungamos aqui dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro (1991, p.34), que afirma que:

A Administração Pública não está submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

O texto constitucional em vigor oferece os remédios constitucionais para esse fim. São ações específicas para o controle jurisdicional da Administração Pública, previstas no artigo 5º da Constituição, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual e coletivo e a ação popular, além da ação civil pública. Estas ações são, ou podem ser, a garantia de uma Administração mais controlada.

6. A teoria dos motivos determinantes do Direito Administrativo

A teoria dos motivos determinantes aplica-se a todos os atos administrativos sejam eles vinculados ou discricionários. Por essa teoria entende-se que, a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e a existência dos motivos apresentados. Dessa maneira, se o motivo apresentado for inexistente ou falso, o ato será inválido.

Neste sentido, faz-se necessário destacar que o motivo é um elemento essencial do ato administrativo. É pressuposto de fato que tem por base um pressuposto de direito, necessário para a prática daquele.

Os motivos são as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles.

Motivo não se confunde com motivação.

A motivação que deve ser feita pela autoridade administrativa configura-se como a exposição dos motivos, a justificativa do porque daquele ato, sendo pois, um requisito de forma do ato administrativo e de garantia no cumprimento dos princípios adrede mencionados.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.380), a motivação:

Integra a “formalização” do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou com base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo [...]

Já Diogenes Gasparini (2005, p. 23) ensina que:

Motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.”

Esclarecidas as diferenças entre motivo e motivação, nos cabe tratar da obrigatoriedade ou não de motivação de um ato administrativo. Essa é uma grande discussão doutrinária.

O primeiro entendimento a respeito do assunto é aquele que alarga a extensão da necessidade de motivação dos atos administrativos; o segundo já é no sentido de que a obrigatoriedade de motivação existe apenas quando a lei impuser; o terceiro entendimento é que a motivação é sempre obrigatória; e, por fim, o último entendimento doutrinário é de que a necessidade de motivação dependerá da natureza do ato, exigindo ou não a lei.

Visando sanar essa discussão a Lei 9.784/99, estabeleceu no artigo 50, as situações em que os atos administrativos deverão necessariamente ser motivados:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Entretanto, embora a lei disponha expressamente os casos em que deve haver motivação, a maioria da doutrina entende que todo o ato discricionário deve ser sempre motivado.

Uma vez elencados os motivos do ato, mesmo que a lei não tenha estipulado a obrigatoriedade de motivá-los, o ato somente terá validade se estes motivos efetivamente forem verdadeiros e o justificarem.

Nosso entendimento é o de que os atos discricionários devem ser motivados, isso porque o administrador apesar de possuir uma margem de liberdade na sua atuação, este se encontra na qualidade de mero gestor dos desejos da coletividade, e, assim deve explicação à população como um todo.

E, o fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito confere ao todos nós cidadãos o direito de saber quais os fundamentos que justificam determinado ato tomado pelo administrador.

Nesse sentido cumpre destacar que o próprio texto constitucional exige que todas as decisões do Poder Judiciário, bem como as decisões administrativas dos Tribunais, devem necessariamente ser fundamentadas. E seguindo esse entendimento há de ser motivado também o ato administrativo, principalmente o discricionário.

A motivação deve ser sempre anterior ou concomitante à execução do ato, a fim de evitar margem para a Administração inventar algum motivo inverídico para justificá-lo, alegando que este foi considerado no momento de sua prática.

A respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 404):

A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a 'Teoria dos Motivos Determinantes. De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embaixadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. 2."Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido"(MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

Entendemos ser necessária a motivação de todo o ato discricionário, de modo a fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, entre outros.

Pela teoria dos motivos determinantes o Poder Judiciário pode e deve examinar as razões que levaram o administrador a praticar o ato e, se ficar provada a inexistência ou falsidade do motivo, por exemplo, a anulação total desse ato deve ocorrer porque os atos ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos.

Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados.

7. Considerações finais

Todos os atos da Administração Pública sujeitam-se à Constituição. E a Constituição Federal de 1988, deixou claro que todos os atos administrativos devem obedecer a todos os seus princípios.

Não se pretendem, nas análises e nas opiniões destacadas neste trabalho, interferir ou substituir o juízo do administrador acerca da oportunidade e conveniência de um ato administrativo discricionário. Trata-se de colocar em ação o direito dos administrados ter conhecimento e, se necessário, intervir através dos meios legais, para que o Estado Democrático de Direito não se transforme em letra morta.

Cabe aos administrados a necessária proteção quanto aos atos praticados e a finalidade legal e pública que os justifiquem.

O Poder Judiciário pode e deve rever todos e quaisquer atos administrativos, respeitada, é claro, a discricionariedade assegurada pela legislação à Administração Pública.

O administrador, ao exercer o seu juízo de conveniência e oportunidade (mérito), tem obrigação de observar os princípios da legalidade, moralidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, entre outros.

Dessa maneira, não há que se falar em imunidade jurisdicional do ato administrativo, especialmente diante do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ao contrário, entendemos ser inconcebível que algum ato, de qualquer dos Poderes do Estado, goze de imunidade total de controle externo. Especialmente os atos da Administração Pública, que exerce atividades de governo, que possuem repercussão na sociedade em geral, nos direitos individuais e coletivos.

A Administração Pública como um todo deve atender e obedecer igualmente aos princípios constitucionais e do Direito.

A obrigação do Poder Judiciário, então, é zelar pela observância da Constituição, declarando a inconstitucionalidade dos atos administrativos que a desrespeitem.

A atividade do Poder Judiciário não deve se prestar a praticar o ato administrativo, muito menos a fazer o seu juízo de mérito, limitando-se a declarar a invalidade do ato, e, determinar à Administração a obrigação de editar novo ato, em substituição àquele que foi invalidado.

8. Referências

ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. **Montesquieu: sociedade e poder**. Apud Weifort Francisco C. (org.). Os clássicos na política. Vol. 1. 10ª. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____ **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005

JÚNIOR, J. Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo Vol.01**. 3 ed. São Paulo: Malheiros 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris: Éditions Garnier Freres, 1973

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

VALENTIM, Ilda. **Atos Administrativos e sua convalidação face aos princípios constitucionais**. In www.viajus.com.br (acesso em 11.08.2015)

WATANABE, Ricardo. **Breves considerações sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 31, jul 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3192. Acesso em 16 ago 2015.