

CONTROLE JURISDICIONAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS – POSSIBILIDADE NOS SUBJETIVOS?

Natalie Luzia Fernandes Biazon¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar uma perspectiva de até que ponto atos administrativos podem sujeitar-se à análise do Poder Judiciário. Se visto apenas sob o enfoque da Teoria Pura da Tripartição dos Poderes, elaborada por Montesquieu, que prega uma separação pura e absoluta da separação dos poderes, não haveria qualquer tipo de interferência de um poder ao outro. Acontece que em quase todos os modelos de Estados tidos atualmente adotou-se tal teoria de uma forma mais branda. Além de que, afastando-se do crivo do judiciário a análise de questões ocorridas administrativamente pode acarretar em inegável afronta ao “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, onde todo e qualquer cidadão tem por direito que sua lesão ou ameaça de lesão seja analisada pelo Poder Judiciário. A grande dúvida que resta é “até que ponto o Poder Judiciário pode interferir em atos administrativos?”. Dúvida esta que o presente trabalho pretende sanar.

Palavras-chave: Ato administrativo. Controle jurisdicional. Separação de Poderes. Inafastabilidade da jurisdição. Discrecionalidade. Poder Judiciário.

JUDICIAL ACTS OF ADMINISTRATIVE CONTROL – POSSIBILITIES IN SUBJECTIVE?

ABSTRACT

This paper aims to present an overview of the extent to which administrative acts may submit to the analysis of the Judiciary. If seen only from the standpoint of Pure Theory of tripartition of powers, elaborated by Montesquieu, who preaches a pure and absolute separation of powers, there would be no interference of power to another. It turns out that in almost all models of States taken currently adopted this theory of a milder form. Apart from that, away from the judiciary sieve analysis issues occurred administratively may result in undeniable affront to "not depart the principle of jurisdiction" where every citizen has the right to his injury or threat of injury is examined by Power Judiciary. The big doubt is left is "the extent to which the judiciary can interfere in administrative acts?". This doubt that this study aims to remedy

Keywords: Administrative act. Judicial review. Separation of powers. Not depart the jurisdiction. Discretion. Judiciary.

¹ Bacharel and a em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré-SP. Pós-Graduanda em Direito do Trabalho pela Escola Paulista de Direito – EPD. Contato. nataliebiazon@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Na forma como estão estruturados e organizados a maioria dos Estados Modernos torna-se absolutamente impossível afastar-se da análise do Poder Judiciário qualquer ato cometido por qualquer outro dos dois Poderes, quais sejam, Legislativo e Executivo. O que torna inegável a sujeição que certos atos administrativos podem sofrer através de sua análise pelo Poder Judiciário.

O que é bastante questionável nos dias atuais é até que ponto podem os atos administrativos sujeitar-se à atuação jurisdicional, sem infringir a Tripartição dos Poderes. Uma vez que ao Poder Judiciário cabe realizar o controle da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedado exercer juízo de mérito, fazendo-o acabaria por afrontar a tripartição dos poderes estabelecida no art. 2º, da Constituição.

Mas ao analisar a mesma questão sob o enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, que diz respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, temos que o Poder Judiciário não pode negar-se a analisar nenhuma lesão ou ameaça de lesão que qualquer cidadão venha a sofrer. Sob esta ótica, se alegado em juízo alguma lesão ou ameaça desta por qualquer contribuinte o Judiciário não poderá manter-se inerte, devendo analisar a questão, sob pena de contrariar clausula pétrea constitucional. O que se pretende com o presente trabalho é chegar ao ponto de até que ponto essa submissão não se torna uma afronta à Carta Magna.

2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A conhecida tripartição dos poderes teve suas bases teóricas na Antiguidade grega definidas por Aristóteles, para ele existiam três funções distintas que deveriam ser exercidas pelo poder soberano, eram elas: editar normas gerais a serem observadas por todos, aplicar as normas ao caso concreto e, finalmente, a função de julgar, dirimindo assim as querelas existentes da adequação da norma ao caso concreto. Nesse momento histórico tais regras deveriam ser centralizadas nas mãos do soberano.

Montesquieu aprofundou a teoria² criada por Aristóteles, inovando ao afirmar que as funções pertencentes à teoria do filósofo grego estavam intimamente conectadas a três órgãos

² Teoria da Tripartição dos Poderes.

distintos, autônomos e independentes entre si, não estando mais concentrado nas mãos de uma única pessoa. O sistema proposto por Montesquieu veio a ser consagrado na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão. Nesse caso cada poder só poderia exercer sua função típica, inerente de sua natureza, atuando independente e autonomamente, não podendo exercer qualquer função típica de outro poder.

O que gerava diversos problemas para a manutenção prática de casa um deles, dificultando a sua organização interna e veio a colaborar com o que conhecemos atualmente como “teoria dos freios e contrapesos”, sustentada pelo STF nos seguintes termos:

Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federais, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardam estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...). (ADI 1.905-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ, 05.11.2004).

“Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe do Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...) (ADI 2.911, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ, 02.02.2007).

Por todos os problemas apresentados pela Teoria pura de Montesquieu esta foi adotada de uma forma menos impositiva pela maior parte dos Estados modernos, passando a ser autorizada uma maior interpenetração entre os Poderes, (LENZA, 2009, p. 338).

O que se percebe no atual sistema da tripartição dos poderes é uma maior liberdade de atuação, sendo que além de suas funções típica exercem também algumas funções atípicas a cada um deles, como nos exemplos a seguir:

Tabela 1

ORGÃO	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
LEGISLATIVO	• Legislar • Fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo.	• Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores, etc; • Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, art. 52, II, da CF/88.
EXECUTIVO	• Prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração	• Natureza legislativa: o Presidente da república, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei (art. 62, CF/88); • Natureza jurisdicional: o

		executivo julga apreciando defesas e recursos administrativos.
JUDICIÁRIO	• Julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei.	• Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, “a”, CF/88); • Natureza executiva: administra, v.g. ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, “f”, CF/88)

Fonte: LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.

Para maior compreensão do tema aqui proposto necessário se faz uma análise acerca do Poder Judiciário e do Poder Executivo, o que será feito a seguir, que estão intimamente ligados com a atuação jurisdicional bem como com o processo administrativo.

2.1 Poder Judiciário e suas funções constitucionais

A principal função do Poder Judiciário tem por função típica a jurisdicional, podendo ainda exercer funções de natureza executiva e administrativa, quando organiza suas secretárias; quando concede licença, férias a seus membros e servidores, bem como funções atípicas de natureza legislativa, na elaboração de seus regimentos internos bem como na resolução de questões que faltam legislação que as regulamentem.

2.1.1 Características da Jurisdição

A jurisdição possui três características básicas, quais sejam: lide, inércia e definitividade.

Carnelutti conceitua lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Dessa forma pode-se afirmar que numa jurisdição contenciosa, em regra, sempre existirá uma pretensão resistida. “Sendo assim, sempre que alguém sentir-se lesado poderá levar a questão ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), que substituindo a vontade das partes, resolverá o conflito, afastando a resistência e pacificando com justiça” (LENZA, 2009, p. 495).

Alguns autores acreditam que a jurisdição pode ser entendida como “a atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”, (NEVES, 2013, p. 3). A justificativa para ser excluído desse conceito a lide é que nem sempre

haverá um conflito de interesses a ser dirimido e também pelo fato de que nem sempre a atividade jurisdicional substituirá a vontade das partes.

A jurisdição entendida como poder, nas palavras de Daniel de Amorim Assumpção Neves, representa:

o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto e resolvendo a crise jurídica que os envolve. Há tempos se compreende que o poder jurisdicional não se limita a dizer o direito (*juris-dicção*), mas também de impor o direito (*juris-satisfação*). Realmente de nada adiantaria a jurisdição dizer o direito, mas não reunir condições para fazer valer esse direito concretamente. (...) a jurisdição como poder é algo que depende essencialmente de um Estado organizado e forte o suficiente para interferir concretamente na esfera jurídica de seus cidadãos (NEVES, 2013, p. 4).

Contemporaneamente a doutrina passa a afirmar que a jurisdição deve aplicar a norma ao caso concreto utilizando-se dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Sendo que a pura e simples aplicação da norma ao caso concreto não satisfaz completamente os interesses sociais, devendo, portanto Judiciário atuar de forma a tutelar concretamente o direito material, o que se fará através execução.

Ao se analisar a jurisdição como função percebe-se que essa é atribuída não somente ao Poder Judiciário, mas também aos outros dois poderes, quais sejam: Legislativo e Executivo, como funções atípicas. O que pode ser constatado nos processos de *impeachment* do Presidente da República, realizado pelo Poder Legislativo, artigos 49, IX³ e 52, I⁴, da CF/88, ou nas sindicâncias e processos administrativos conduzidos pelo Poder Executivo, artigo 41, § 1º, II, da CF/88, ainda que nos casos mencionados não haja definitividade.

Finalmente, como atividade, pode-se entender que “a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo. A função jurisdicional se concretiza por meio do processo” (NEVES, 2013, p. 4).

Importante destacar que em todo processo deve ser garantido o devido processo legal, artigo 5º, LIV⁵, CF/88; o contraditório e a ampla defesa, artigo 5º, LV⁶, CF/88.

O Judiciário somente poderá se manifestar caso seja provocado, respeitando assim os artigos 2º do CPC⁷ e 24 do CPP⁸, por isso dizer-se que possui como característica a inércia.

³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...].

⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...].

⁵ Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁶ Art. 5º, LV – ao litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

Quando à definitividade, quando transitadas em julgado as decisões e, após o prazo para a interposição de ação rescisória, não poderão ser alteradas. No Brasil, “toda decisão administrativa poderá ser reapreciada pelo Judiciário, uma vez que não fora conferido ao contencioso administrativo o poder de proferir decisões com força de coisa julgada definitiva” (LENZA, 2009, p. 497)⁹.

2.2 Poder Executivo

O Poder executivo pode ser exercido no âmbito municipal, estadual e federal. Sua principal função é a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Atipicamente poderá legislar e julgar no contencioso administrativo, como, por exemplo, na defesa feita em decorrência de multas de trânsito.

3 CONTROLE DE ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina acredita que “controle, em tema de Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce” (MEIRELLES, 2000, p. 610).

O exercício do controle da administração pública possui como fundamentos o princípio da legalidade e o das políticas administrativas. Dessa forma os atos praticados pela administração pública devem estar de acordo com o previsto em lei, bem como suas metas e diretrizes devem ser desempenhadas da forma mais eficiente possível.

Desse modo, “o controle da Administração pública diz respeito não somente aos aspectos legais, como aos objetivos a serem alcançados” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 836).

Destarte, o controle exercido sobre os atos da administração pública se apresenta como uma garantia aos administrados e ao mesmo tempo à administração. Para os

⁷ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

⁸ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

⁹ “art. 5º XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” combinado com o art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

administrados, representa uma segurança jurídica; já para a administração, o controle expressa o atendimento dos princípios previstos no artigo 37, § 6º¹⁰, da CF/88.

O controle da Administração Pública, portanto, pode ser definido como o conjunto de mecanismos por meio do qual se exerce o poder de fiscalização da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder (CARVALHO FILHO, 2008, p. 836).

3.1 Recursos administrativos

São definidos como o meio utilizado pelos administrados para provocar o reexame dos atos praticados pela Administração. Possui fundamento constitucional embasado no direito de petição e nos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, XXXIV, “a”, e LV, da CF/88.

A súmula vinculante 21 dispõe o que segue: *“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamentos prévios de dinheiro ou bens para a admissibilidade de recurso administrativo”*.

Com base nesse entendimento nenhum órgão público pode deixar de receber qualquer recurso administrativo pela falta de depósito de valores em dinheiro, não podendo, portanto, constituir tal depósito como condição de admissibilidade para o recurso.

O recurso deve ser dirigido a autoridade que proferiu a decisão, que terá 5 (cinco) dias para reconsiderá-la em não o fazendo deverá encaminhá-la a seu superior.

O recurso administrativo tramitará no máximo por três instancias administrativas, salvo disposição legal diversa. São partes legítimas para propor tal recurso: os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; aqueles cujos direitos forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

O prazo para sua interposição, salvo disposição em contrário, é de dez dias contados a partir de sua ciência ou divulgação. Deve ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.

¹⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também , ao seguinte:
[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os recursos poderão ter efeito devolutivo e suspensivo (em alguns casos previstos em lei). Caso o recurso possua efeito suspensivo terá como consequência o impedimento da fluência de prazo prescricional e consequentemente a impossibilidade de utilização das vias judiciais para ataque ao ato pendente de decisão administrativa.

O recurso administrativo não será conhecido nos seguintes casos: fora do prazo; perante órgão incompetente; por pessoa não legitimada; depois de exaurida a esfera administrativa.

Em se tratando de recurso administrativo é possível que se ocorra a *reformatio in pejus*¹¹. Dessa forma o órgão que detém a competência para decidir o recurso poderá: confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Se dessa decisão puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser notificado para que formule suas alegações antes da decisão.

3.1.1 Modalidades de recurso administrativo

As modalidades de recursos administrativos são as seguintes:

- a) representação: nada mais é do que a denuncia de irregularidades internas ou de abuso de poder na prática de atos administrativos, feita por qualquer pessoa à autoridade competente para conhecer e coibir tal irregularidade;
- b) reclamação: é o ataque a atos que afetem interesses e direitos legítimos do reclamante, como exemplo a impugnação a débitos de caráter tributário;
- c) pedido de reconsideração: requerimento feito pelo interessado para que seja realizado o reexame de determinado ato administrativo à mesma autoridade que o emitiu, para que este seja invalidado ou modificado, de acordo com o pedido efetuado pelo postulante;
- d) recurso hierárquico: é pedido de reexame de decisão dirigido à autoridade superior àquela que a proferiu, podendo ser próprio (dentro do mesmo órgão em que o ato foi praticado) ou impróprio (direcionado à outro órgão de hierarquia diversa daquela que proferiu o ato, somente é cabível se expressamente previsto em lei);

¹¹ Principio segundo o qual a pena imposta ao réu não poderá ser aumentada em análise de segunda instância, salvo nos casos em que a parte contrária também recorrer da decisão de primeiro grau.

- e) revisão os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos a qualquer tempo, desde surjam fatos novos ou circunstâncias relevantes que tornem a sanção aplicada inadequada.

3.2 Coisa julgada administrativa

É certo que no âmbito administrativos as decisões proferidas não se equivalem à sentenças. Isso posto, torna-se inadequado a utilização do termo “transito em julgado” nesses casos onde há a ocorrência de uma decisão administrativa da qual não caiba mais recursos. Pode-se utilizar a expressão preclusão dos efeitos da decisão administrativa, sendo assim, esgotadas todas as possibilidades de recurso administrativo, não é cabível mais recursos nesse âmbito.

Destarte, mesmo ocorrendo tal preclusão, ainda assim é possível o controle judicial das decisões.

3.3 Processo administrativo

Pode-se dizer que:

[...] o processo administrativo é a sucessão formal de atos que são realizados, por previsão legal, ou pela aplicação de princípios da ciência jurídica, para praticar atos administrativos, tendo como objetivo dar sustentação à edição do ato administrativo, preparando, fundamentando, legitimando a conduta, uniformizando, constituindo a documentação necessária para sua realização de forma válida. Desse ponto de vista, toda a forma de controle administrativo se dar-se-á por meio de um processo administrativo em sentido amplo (MARINELA, 2010, p. 931).

Ainda sob o ponto de vista de MARINELA:

Em sentido estrito, o processo administrativo é entendido como um procedimento administrativo próprio, destinado a verificar a legalidade, a validade e a eficácia de um determinado ato administrativo. Tem início com uma petição, devendo obedecer a regras processuais específicas (lei nº 9784) e às garantias constitucionais do Direito de petição, da ampla defesa e da garantia de recurso (MARINELA, 2010, p. 931).

O processo administrativo também pode ser considerado uma forma de controle administrativo. No âmbito federal é regulamentado pela Lei 9.784/99.

A administração pública deve obedecer aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, durante o processo administrativo.

O processo administrativo inicia-se de ofício ou a pedido de pessoa interessada. O requerimento inicial deve ser feito por escrito e conter todos os requisitos do art. 6º, da mencionada Lei, quais sejam: órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; identificação do interessado ou de quem o represente; domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; data e assinatura do requerente ou de seu representante.

Não poderá a administração recusar-se do recebimento de documentos de forma imotivada, devendo o servidor prestar total esclarecimento ao interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Deve ser exercido pelo Poder Judiciário, acerca dos aspectos de legalidade e legitimidade, sobre os atos praticados pela Administração Pública. Analisando-se o presente tema sob a ótica do Direito Administrativo tem-se que o controle jurisdicional nesses casos é um controle limitado, devendo estar restrito à análise de aspectos ligados à legalidade do ato praticado. Sendo que o mérito do ato administrativo, ou seja, os aspectos de oportunidade e conveniência, não estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário.

Os principais meios utilizados para o controle jurisdicional de atos administrativos são: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, reclamação constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei nº 11.417/06 inovou ao incluir o § 3º ao art. 56 da Lei 9.784, concedendo o direito de o interessado invocar súmula vinculante a seu favor em recurso administrativo e obrigando a autoridade a acolher esse entendimento, caso a autoridade não reconsidere o ato praticado deverá por si próprio encaminhar recurso à autoridade superior e explicitar as razões de aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula.

4.1 A discricionariedade administrativa e o controle judicial

É princípio constitucional que nenhuma lesão ou ameaça de direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º XXXV, CF), nem mesmo uma lei poderá colocar de lado tal preceito, vez que trata-se de cláusula pétrea constitucional.

Dessa forma, pode-se entender que qualquer ato gravoso, provenha ele de onde provier pode e deve ser submetido ao crivo do Poder Judiciário para que sua legitimidade seja aferida ou repudiada, caso seja configurada ofensa a um direito.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2009, p. 949).

Ao ofender um princípio constitucional abale-se toda uma estrutura normativa que possui sua fundamentação embasada em princípios deverás importante para a harmonização da vida em sociedade.

A extensão em que o Judiciário se enquadra na investigação de atos administrativos que possuem certa liberdade discricionária é dada pela conciliação entre o princípio da universalidade da jurisdição com o exercício de ação discricionária, concedida por lei à administração para o desempenho de certos atos.

4.1.1 Princípio da Legalidade

No Estado Democrático de Direito o Estado só pode agir em decorrência do que estiver positivado na norma, de modo que, pode-se afirmar que somente se pode fazer aquilo descrito em lei, diferentemente das relações privadas, no caso de omissão normativa, a administração deve-se manter inerte, “posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção” (MELLO, 2009, p. 950). Importante destacar que para a validade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei, devendo este ser embasado em norma permissiva que lhe dê supedâneo.

3.1.2 Vinculação e discricionariedade

A liberdade administrativa está contida no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal. É certo que, em alguns casos, a redação normativa é tal que não resta ao administrador margem alguma para liberdade, sendo que a norma possui toda descrição de seus requisitos para sua aplicação, ou seja, para prática do ato e o conteúdo que este deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes casos ocorre a vinculação do ato, por ser ele vinculado à lei não podendo ocorrer qualquer indicio de vontade do administrador.

Quando a disciplina legal deixa a cargo do administrador certa liberalidade, onde lhe cabe preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa para a satisfação do caso concreto, chama-se de discricionariedade.

Nesse sentido:

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inúmeras variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis (MELLO, 2009, p. 952).

Quanto ao mérito do ato administrativo é a liberdade que emana da lei e que efetivamente vem remanescer no caso concreto, para que o administrador, ao utilizar-se de critérios subjetivos, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação, “tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”, (MELLO, 2009, p. 955).

4.1.3 Extensão do controle judicial

É fato que o controle judicial dos atos administrativos, mesmo que praticados com certa discricionariedade, ocorra em face da 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” (MELLO, 2009, p. 967).

Tem-se, portanto, que o Poder Judiciário poderá, sob o apelo dos interessados, comparecer com a finalidade de analisar e julgar o comportamento pretensamente discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais.

Pode-se afirmar que o Judiciário poderá interferir na Administração pública toda vez que esta utilizar-se de comportamento ilegítimo utilizando como pretexto para tal a discricionariedade que lhe é inerente em determinados casos, ultrapassando assim as suas fronteiras, chegando a abalar de forma inequívoca os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Tal controle deve analisar os motivos que levaram o ato a ser praticado, sua finalidade e causa.

Segundo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...]a análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se

estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta (MELLO, 2009, p. 969).

Laubadère *apud* Mello, no que diz respeito ao tema, pondera nos seguintes termos:

O juiz não sai de seu papel, porquanto a existência de circunstâncias de fato é a própria condição para que o ato administrativo seja legal; não há senão escolher exemplos para citar: a questão de saber se, em tais circunstâncias, a interdição de uma reunião respondeu a uma efetiva ameaça de desordem (jurisprudência constante em matéria política); se em tal cidade existe uma crise grave de alojamento em vista da aplicação das normas sobre alojamento de ofício (CE, 9 de jan. de 1948, *Consorts Barbedienne*, S., 1949, 3, 14); se tal organização sindical pode ser considerada como a mais representativa, notadamente em face do número de seus filiados (CE, fev. 1949, 3 arestos, S., 1950, 3, 57, concl. Barbet), etc (MELLO, 2009, p. 969).

É certo que tanto no exame dos motivos bem como na perquirição de sua finalidade o Judiciário deve atuar com a finalidade de controlar a legitimidade da atuação administrativa. O ato maculado direciona-se a um resultado diferente daquele para o qual sua finalidade fora voltada. Tal vício possui caráter objetivo, “pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”, (MELLO, 2009, p. 970).

Nesses casos o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello acredita que:

(...) só se possa surpreender tal vício pelo reconhecimento da intenção viciada, mas, em tal caso, como buscamos aclarar em nosso trabalho, dita intenção é *reveladora do vício*, mas não é ela que o determina, pois o que faz com que o ato seja juridicamente inidôneo é a circunstância de se encontrar em desacordo com o exigido pela regra que o presidia (MELLO, 2009, p. 970).

Sendo certo que todo ato praticado por desvio de poder, transformando-se numa antítese entre a finalidade da lei e do ato praticado, é nulo, possuindo então efeitos “*ex tunc*”.

Georges Vedel *apud* Celso Antônio Bandeira de Melo discrimina modalidade de desvio de poder, admitindo as seguintes hipóteses:

caso em que o agente não perseguiu um interesse público. Ocorre quando, alimentado por um interesse pessoal de favorecimento ou perseguição, prática o ato por razões pessoais, alheias à finalidade pública; caso em que persegue um fim de interesse público, porém estranho à categoria de interesses comportados em suas competências; caso em que se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos implementáveis através de outra via jurídica, (MELLO, 2009, p. 970).

Outro meio de contraste judicial do ato administrativo é o exame de sua causa, cujo significado dado por André Gonçalves Pereira *apud* Celso Bandeira de Mello é: “relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”, Mello ainda acrescenta que “esta relação se avalia em função da finalidade do ato” (MELLO, 2009, p. 973).

Desse modo deve haver uma ligação lógica entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e o seu conteúdo, tendo-se sempre em vista a finalidade legal do ato (art. 50 e 51, CF/88)¹².

Neste sentido tem-se que:

o exame da cauda apresenta especial relevo nos casos em que a lei omitiu-se na enunciação dos motivos, dos pressupostos, que ensejaram a prática do ato. Nestas situações haveria como cotejar o motivo legal com a situação fática para aferir ajuste ou desajuste entre eles, precisamente por ter faltado a indicação normativa. Ainda aqui a liberdade discricionária encontraria cerceios. Admitindo que o agente pudesse escolher o motivo em função do qual haja exarado o ato, cumpre, de todo modo, que este seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza (MELLO, 2009, p. 973).

CONCLUSÃO

Há de concluir-se, portanto que as limitações ao exercício da discricção do ato são fornecidas por motivos e finalidade indicados na lei, bem como pela causa do ato.

Tem-se que em um sistema jurídico-positivo, sua própria característica de constituir-se de um conjunto de regras jurídicas traz a tona um vasto campo de interpretações, de modo que o Judiciário poderá, socorrendo-se das indicações retiradas da função do conceito legal contido no texto, de sua acepção no contexto em que se arraiga o instituto jurídico e dentro do sistema positivo como um todo, encontrar impedimentos que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa.

Dessa forma há que considerar que o Poder Judiciário possui a função de interpretar a vontade preexistente no Direito Positivo e analisar sua aplicação ou não ao caso concreto, a ele levado para análise, pelo administrador. Devendo, o Judiciário, estabelecer “o confronto entre o ato administrativo e as imposições que lhe incumbiria atender”, (MELLO, 2009, p. 980).

Caso a lei não tenha expressado o motivo legal justificador do ato, caberá ainda ao Poder Judiciário investigar se há ou não correção lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o acolhimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso.

Pode-se afirmar que todos estes procedimentos não são apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas sim um dever. Sendo que o Judiciário é o meio próprio para se identificar o

¹² Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

real intuito da liberdade administrativa aplicada ao caso concreto assegurando assim o princípio da legalidade. Destarte, a atuação jurisdicional nesses casos representa a expressão de outros princípios constitucionais, quais sejam: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de ato fundado e precedentemente em lei e o de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do judiciário.

Há que entender-se que esse exame pelo Poder Judiciário é de extrema necessidade uma vez que se sabe de riscos para os direitos e garantias individuais avultam sobreposse nos casos em que a administração desfruta de certa discricionariedade.

Quando a administração vai além do que a discricionariedade lhe permite e acaba por violar direitos, vezes ou outra ocorre, e o pior nesses casos de forma mais velada e sutil, o gera ilegitimidade para prática do ato e ilegalidade.

Essa forma de ilegalidade pode-se dizer ser a mais gravosa ao passo que se torna de difícil percepção, uma vez que pode escapar das peias da lei, fazendo com que a Administração possa subtrair-se indevidamente ao crivo do Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou demasiadamente cauteloso na investigação de atos administrativos.

Nos casos em que comportam a discricionariedade administrativa o socorro do Judiciário acaba por ganhar foro de remédio mais valioso e necessário para os jurisdicionados. Já que sua pronúncia representa a garantia de última forma de se conter o administrador público dentro dos limites que lhe são garantidos pelas normas positivadas.

Há que mencionar-se que a análise dos casos pelo Poder Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, uma vez que adentrando neste campo tal Poder estaria infringindo princípio constitucional da tripartição dos poderes.

Sendo certo que o Judiciário dever ater-se a análise de questões objetivas, uma vez que a apreciação meramente subjetiva permanece exclusivamente para ser utilizada pelo administrador, não cabendo sua análise pelo juiz, uma vez atravessado esse campo haveria a substituição de um poder pelo outro, ocorrendo a invasão de funções e iria contra a independência dos Poderes prevista no art. 2º, da Constituição.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio Dicionário jurídico Acquaviva - São Paulo : Rideel, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo direito administrativo descomplicado - São Paulo : Método, 2011. - 19ª ed. rev. e atual..

CARVALHO, FILHO José dos Santos Manual de direito administrativo - São Paulo : Lumen Juris, 2008.

FILHO, José Santos Carvalho Manual de direito administrativo - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. - 21ª.

LENZA Pedro, Direito constitucional esquematizado - São Paulo : Saraiva, 2009.

MARINELA, Fernanda Direito administrativo - Niteroi : Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes Direito Administrativo brasileiro - São Paulo : Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de direito administrativo - São Paulo : Malheiros, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Manual de direito processual civil - São Paulo : Método, 2013.