

## O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E A FORMA DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Guilherme de Sousa Braga<sup>1</sup>  
Ronaldo Vieira Fragoso<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo faz uma análise sobre os atos administrativos praticados discricionariamente pela administração pública e, ainda, verifica a possibilidade, a forma e a extensão do controle do Poder Judiciário sobre tais atos. Vale lembrar, que a atividade administrativa deve sempre respeitar o princípio da legalidade, assim como os princípios constitucionais. Neste aspecto, poderá se verificar que o controle jurisdicional pode ser efetivado através dos princípios constitucionais e quando ocorrerem situações como descumprimento da teoria dos motivos determinantes e o desvio de poder ou desvio de finalidade. Todavia, cumpre ressaltar que, embora possa ser exercido o controle jurisdicional, deverá sempre ser mantido o mérito administrativo do ato, o que permite a Administração Pública agir de acordo com a oportunidade e conveniência, sob pena de ferir o princípio constitucional da independência dos poderes. Para atingirmos o cerne deste artigo, primeiro devemos realizar um estudo do ato administrativo, explicando seus elementos e indicando se há ou não a possibilidade de aplicarmos a discricionariedade administrativa nos mesmos. Assim, notaremos que o núcleo da discricionariedade está acampado principalmente nos elementos motivo e objeto, podendo estar presente, excepcionalmente, na forma e na finalidade. Deste modo, faz-se ainda uma sucinta análise da discricionariedade administrativa, conceituando-a e apresentando as diferenças e semelhanças entre ela e a arbitrariedade, bem como a vinculação. Concluímos analisando o controle exercido pelo Poder Judiciário na atividade administrativa discricionária, através dos princípios constitucionais, bem como por meio da teoria dos motivos determinantes e o desvio de poder ou desvio de finalidade.

**Palavras-chaves:** Ato administrativo. Legalidade. Discricionariedade. Controle. Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the administrative acts practiced discretion by the public administration and also checks the possibility, the shape and extent of control of the judiciary on such acts. It's worth to remember that the administrative activity should always respect the principle of legality as well as the constitutional principles. In this aspect, it can be seen that judicial control can be achieved through constitutional principles and when some situations occur such as failure of the theory of the decisive reasons and misuse of power or misuse of purpose. However, it should be noted that while it may be exercised judicial review, should always be kept the administrative merit of the act, which allows the Public administration to act in accordance with the opportunity and convenience, otherwise injure the constitutional principle of separation of powers. To reach the core of this article, first, we must carry out a study of the administrative act, explaining the elements in its entirety and indicating whether or not there is the possibility of applying administrative discretion in themselves. Therefore,*

<sup>1</sup> Acadêmico concluinte do 10º período noturno da Faculdade Alfredo Nasser do curso de Direito.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1995) e Doutorado em Direito Público pela Universidade de Extremadura, Espanha (2005). Atualmente exercendo o cargo de Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

*we note that the core of discretion is camped mainly in the subject and object elements may be present, exceptionally, in shape and finality. Thus, it is still a succinct analysis of administrative discretion, conceptualizing it and presenting the differences and similarities between her and arbitrariness, as well as linking. At the end we conclude by analyzing the control exercised by the judiciary in discretionary administrative activity through the constitutional principles as well as through would have the decisive reasons and misuse of power or misuse of purpose.*

**Keywords:** *Administrative act. Legality. Discretion. Control. Judiciary.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo esclarecer o desempenho do agente público através dos atos administrativos, com foco nos atos discricionários, e, principalmente, demonstrar as formas das quais o Poder Judiciário poderá controlar a discricionariedade administrativa.

A Administração Pública, no exercício de sua atividade primordial, executa uma série de atos que satisfazem as necessidades públicas. Tal atividade se exterioriza através do ato administrativo, que poderá ser discricionário e ter uma margem de liberdade na prática do ato, conferida em lei, ou ser vinculado, seguindo necessariamente a disposição legal.

Vale lembrar que a Administração Pública sempre será regida pelo princípio da legalidade, instituto essencial para exercício da atividade administrativa. No entanto, no decorrer do artigo, desmistificaremos que o princípio da legalidade deve ser visto de uma forma ampla, de modo que a Administração Pública não seja regida somente pela lei, mas pelo ordenamento jurídico como um todo, bem como pelos princípios constitucionais administrativos, sejam eles implícitos ou explícitos.

Preliminarmente, faz-se necessário citar o Art. 5º, Inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Partindo deste pressuposto, vemos que o Poder Judiciário poderá, para proteção de lesão ou ameaça a direito, intervir na esfera administrativa, até mesmo quando o ato impugnado for discricionário.

Contudo, mostraremos que o controle realizado pelo Poder Judiciário não será em qualquer atuação da Administração Pública, muito menos em todos os atos administrativos. Ocorre que há um limite legal para que o juiz exerça sua jurisdição, ou seja, o magistrado não poderá ultrapassar certo limite. Caso isto aconteça, ferirá o

princípio estampado no Art. 2º da Constituição Federal, qual seja, o da independência dos poderes.

Vale ressaltar ainda que o tema é extenso e complexo, e que o presente artigo não tem por objetivo exauri-lo, visto que ainda há várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema proposto.

Deste modo, para cumprir os objetivos propostos, este artigo está dividido em 3 seções. Na primeira seção, intitulada “Os atos administrativos”, apresentamos seu conceito, com análise individual de seus elementos e explicitação da possibilidade ou não da discricionariedade administrativa, a partir das várias posições doutrinárias existentes.

Na segunda seção, analisaremos minuciosamente a discricionariedade administrativa, fazendo a devida diferenciação com outros institutos, tais como a vinculação e a arbitrariedade.

Por fim, na terceira seção, avaliaremos o cerne do artigo que é o controle jurisdicional sobre o ato administrativo exercido pela vontade discricionária da Administração Pública, conforme prevista em lei. Ressaltaremos a extensão bem como os limites desse controle e a possibilidade da realização do mesmo por meio dos princípios constitucionais da Administração Pública e de outras técnicas, igualmente tratadas pela doutrina, sendo elas a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes.

## **2 ATOS ADMINISTRATIVOS**

Primeiramente, cumpre esclarecer que não são todos os atos praticados pela Administração Pública que têm a qualidade de ser um ato administrativo. Isso se dá pelo fato de que a Administração Pública poderá praticar atos que serão regidos pelo direito privado, sem que gozem das prerrogativas dos atos administrativos, como da permuta, compra e venda, locação, doação. Nestes casos, não serão atos administrativos e sim atos da administração por estes não serem regidos pelo direito público.

Vale ressaltar que os atos administrativos, em regra, são praticados pelo poder executivo, contudo, também podem ser elaborados pelos poderes legislativo e judiciário, de forma atípica, quando exercem atividade de gestão interna, compra de material, atos para contratação de pessoal e etc.

Assim, podemos concluir que nem todo ato praticado pela Administração será administrativo e nem todo ato administrativo será emanado da Administração Pública.

Para se chegar ao conceito de ato administrativo, Di Pietro (2013, p. 203) leva em conta determinadas características próprias de tal instituto, quais sejam: (a) constituir como declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, no sentido de exteriorização do pensamento e, envolvendo na noção de Estado, os órgãos não só do poder executivo, como os demais poderes que também emitem atos administrativos; (b) sujeitar-se ao regime jurídico administrativo, afastando os atos de direito privado praticados pelo Estado; (c) produzir efeitos jurídicos imediatos, distinguindo assim, ato administrativo de lei, bem como os atos que não produzem efeitos jurídicos diretos, como é o caso dos atos materiais e enunciativos; (d) sempre ser passível de controle judicial; e, (e) sujeitar-se à lei.

Partindo deste pressuposto, Di Pietro (2013, p. 204) define o ato administrativo como a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Já Alexandrino e Paulo (2014, p. 452 e 453) conceituam o ato administrativo como:

Manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.

Podemos facilmente notar que o primeiro conceito apresentado é mais restrito do que este último, que consegue abarcar tanto os atos convencionais quanto os atos regulamentares. No entanto, segundo os doutrinadores, a formação deste conceito inclui a proposta apresentada por grandes mestres, tais como Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello e inclusive da douta Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Por não existir um conceito de ato administrativo legalmente constituído, há essa grande divergência entre os doutrinadores acerca de seu conceito. Com isso, cada autor, através de sua concepção de qual característica é essencial à formação do ato administrativo, buscou concretizar o que seria o ato administrativo.

## 2.1 Elementos do ato administrativo

Para prosseguirmos com nosso estudo, devemos, primeiramente, identificar quais elementos serão passíveis de controle jurisdicional, tornando o estudo de grande importância para compreensão deste trabalho.

Neste ponto, também há grande divergência doutrinária. Alguns estudiosos discordam sobre quais são os elementos do ato administrativo e, ainda, divergem no que tange à nomenclatura utilizada, já que alguns chamam de “requisitos”, outros de “elementos”, outros de “aspectos” e também têm aqueles que tratam de todos os termos como sinônimos.

A orientação adotada pela doutrina está consagrada e positivada na Lei Ordinária nº 4.717 de 29 de junho de 1965, mais especificamente em seu Art. 2º, ao indicar os cinco elementos do ato administrativo que são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Estes serão examinados separadamente, como veremos a seguir. A disposição doutrinária de Alexandrino e Paulo (2014, p. 478), bem como Mazza (2011, p. 194), reconhece os cinco elementos do ato administrativo que são necessários para sua formação.

Por outro lado, sem muito divergir da posição adotada por aqueles, Di Pietro (2013, p. 210) e Justen Filho (2014, p. 399 e 400) entendem que os cinco elementos do ato administrativo são: sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo. Tratam o primeiro requisito por sujeito, pois entendem que, além de ser competente para a prática do ato, deverá, ainda, ser capaz para tal.

Sendo assim, trataremos aqui tanto da divisão adotada por Di Pietro (2013, p. 210) e Justen Filho (2014, p. 399 e 400), quanto da classificação objetiva feita pela Lei supracitada.

### 2.1.1 Competência ou sujeito

Este elemento trata da autorização legal ao agente público para a prática de um determinado ato, ou seja, para a prática do ato não basta a qualidade de agente público, deve haver autorização em lei para a prática do ato em específico.

Alexandrino e Paulo (2014, p. 478) conceituam este elemento como o “poder legal do qual é conferido ao agente público para desempenho específico das atribuições de seu cargo”. Ressaltam ainda, seguindo a proposta de Mello (2012, p. 396-397),

algumas características deste elemento, visto que o ato: é de exercício obrigatório, é irrenunciável, intransferível, imodificável e imprescritível.

Cabe aqui tecer algumas considerações, já que os atos são passíveis de delegação e avocação, desde que cumpram os requisitos legais. Delegar a prática de um ato não quer dizer a renúncia de quem delegou, já que, após a delegação, ainda continua apta a prática, concorrentemente com aquele que recebeu a delegação. A delegação também não fere a irrenunciabilidade do ato, já que esta não transfere a titularidade da competência, transfere apenas o poder para a prática do ato, mas nunca sua titularidade.

Para Di Pietro (2013, p. 211), a competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo. Vale lembrar que trata o elemento como sujeito, pois o agente deverá ainda ter capacidade para a prática do ato. Afirma também que a competência segue as seguintes regras: decorre sempre de lei; é inderrogável; pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que não sejam de competência exclusiva determinada por lei.

Concluimos que, se não houver impedimento legal e nem for de competência exclusiva definida em lei, os atos administrativos poderão ser delegados – dando o poder a seu subordinado para a prática do ato – ou avocados – agente hierarquicamente superior busca a competência de seu subordinado para a prática do ato.

No que se refere à discricionariedade neste elemento, há uma unanimidade doutrinária, já que todos o tratam como elemento totalmente vinculado, isto é, a prática do ato ficará adstrita a autorização legal.

### 2.1.2 Finalidade

Conforme preceitua Mazza (2011, p. 196), “a finalidade é o objetivo de interesse público visado com a prática do ato”.

Di Pietro (2013, p. 217-218) afirma a existência de dois sentidos diversos para o requisito finalidade: (a) finalidade em sentido amplo, que corresponde à consecução de um resultado que atinja o interesse público, que deve haver em todos os atos administrativos (finalidade pública); e, (b) finalidade em sentido estrito, que é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei.

Seguindo a mesma corrente de entendimento, Alexandrino e Paulo (2014, p. 484) também preveem dois tipos de finalidade: (a) finalidade geral, que é aquela que vem estabelecida por lei e visa à satisfação do interesse público; e, (b) finalidade

específica, que é o objetivo direto, isto é, o resultado específico do qual visa o ato.

Deste modo, concluímos que, para a doutrina moderna, a finalidade é sempre elemento vinculado no que tange à finalidade específica, podendo ser genérica quando se analisa a finalidade genérica, que é o interesse público – conceito jurídico indeterminado. Nesse ínterim, como regra, a finalidade sempre virá a ser vinculada, mesmo nos casos de atos discricionários.

### 2.1.3 Forma

Quanto a esse elemento, também não há uma unanimidade em sua conceituação. Di Pietro (2013, p. 215) encontra duas concepções a respeito da forma como elemento do ato administrativo. A primeira é uma concepção restrita, defendida também por Alexandrino e Paulo (2014, p. 485), que considera a forma como a exteriorização do ato, podendo ser praticados de forma escrita ou verbal, nos moldes de portarias, resoluções, decretos, etc.

A segunda é uma concepção mais abrangente, da qual é defendida pela autora; incorpora no conceito do elemento não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da “vontade” da Administração, incluindo até os requisitos de publicidade do ato e o procedimento administrativo. Outro ponto destacado pela autora, é que a motivação também integra o conceito de forma, isto é, deve conter na forma a exposição dos pressupostos fáticos e jurídicos que serviram de parâmetro para a prática do ato, sendo que sua falta inviabiliza a verificação da legitimidade do ato.

Outro ponto bastante controverso que circunda este elemento está presente quando tratamos da discricionariedade deste. A doutrina mais tradicional, bem como Mazza (2011, p. 195), defende a corrente que é elemento sempre vinculado. Por outro lado, a doutrina mais moderna já vislumbra a possibilidade de discricionariedade no elemento.

Segundo o professor Carvalho (2014, p. 299), de modo geral, a forma será vinculada, mesmo nos atos discricionários, porém, caso a lei estabeleça mais de uma forma possível, ou seja, omissa quanto a sua forma, este será exercido de forma discricionária. Igualmente defendido por Di Pietro (2013, p. 215 e 216), Mello (2011, p. 394), Alexandrino e Paulo (2014, p. 485 e 486), dentre outros.

#### 2.1.4 Motivo

Podemos compreender como motivo as razões de fatos e de direitos que autorizam a edição e concretização do ato. Em outras palavras é a situação fática ocorrida antes da edição do referido ato. Nas palavras do doutrinador Justen Filho (2005, p. 198 e 199), “a expressão ‘motivo’ do ato administrativo indica uma representação intelectual que o sujeito realiza quanto ao mundo externo, conjugando fatos e normas”. Portanto, o motivo não é o fato propriamente dito, mas a representação intelectual que o agente realiza a propósito dele, relacionando-o com o Direito e atingindo uma conclusão, que o autor chama de “causa jurídica”.

Conforme orientação doutrinária, é importante salientar que não se pode confundir motivos e motivação, de modo que a motivação é a exteriorização dos motivos, fazendo com que este passe a ser parte do ato administrativo, vinculando-o à validade do ato.

Em relação à discricionariedade do elemento, Di Pietro (2013, p. 218 e 219) afirma que o motivo poderá ser vinculado ou discricionário. Vinculado quando a lei assim determinar, utilizando noções predeterminadas; e, será discricionário quando a lei não o definir, deixando-o a critério da Administração (caso dos cargos em comissão, onde são de livre nomeação e livre exoneração) e quando a lei, apesar de definir o motivo, o faz utilizando-se de noções vagas e imprecisas como falta grave e procedimento irregular (casos dos conceitos jurídicos indeterminados).

Relevante frisar que a discricionariedade do elemento encontra respaldo apenas no motivo fático, pois o motivo legal sempre estará disposto em lei e, sendo assim, será necessariamente vinculado.

#### 2.1.5 Objeto

Por fim, o último elemento do ato administrativo, o objeto trata do que o ato idealiza, isto é, o resultado prático causado pelo ato.

A doutrina majoritária identifica o objeto e conteúdo como expressões sinônimas, porém há uma corrente minoritária que faz essa diferenciação. Adotamos neste estudo a posição mais moderna e majoritária, não se fazendo necessária essa diferenciação.

No que diz respeito à discricionariedade do elemento, tanto para Alexandrino e

Paulo (2014, p. 489 e 490) como para Di Pietro (2013, p. 214 e 215), o objeto será vinculado quando a lei assim o definir, tendo apenas um objeto como possível para o fim almejado e será discricionário quando houver mais de um meio possível para atingir um mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito, não contrariando o princípio da legalidade, do qual rege todo o Direito Administrativo.

Para a doutrina majoritária, o objeto constitui o núcleo da discricionariedade, principalmente devido ao juízo de conveniência que incide sobre o conteúdo do ato, isto é, sobre o objeto do ato. Deste modo, quando não houver previsão legal de fazer ou não fazer, o agente público deverá analisar a oportunidade e a conveniência para edição ou não do ato administrativo.

Assim, juntamente com o motivo (mais necessariamente o motivo fático) do ato administrativo, o objeto constitui, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o cerne da discricionariedade, já que são nesses dois elementos onde podemos encontrar a maior possibilidade de atuação discricionária da Administração Pública. Vale salientar que, embora seja nestes dois elementos a maior incidência da discricionariedade, não quer dizer que não poderá haver discricionariedade nos demais elementos. Como exposto alhures, ressalvada a competência que sempre será vinculada, todos os demais elementos poderão ser objeto da atuação discricionária por parte da Administração Pública.

## 2.2 Mérito Administrativo

Realizando um estudo do tema, podemos notar que nenhum ato é totalmente discricionário, já que alguns elementos devem ser vinculados à lei para garantia de sua validade. Todavia, os atos administrativos discricionários terão certos elementos, dos quais serão avaliados pelo administrador público para a sua aplicação. Todos os atos administrativos, tanto vinculados quanto os discricionários, deverão ser analisados no que tange à sua legalidade, ou seja, se esse está adequado ou não ao texto legal.

No ato discricionário, a Administração Pública também deverá realizar um juízo de valor, levando em consideração a conveniência e oportunidade diante do interesse público. Esta análise é denominada mérito.

A doutrina hodierna não firmou um significado único para o “mérito do ato administrativo”. O impasse existe quando a extensão deve ser atribuída ao conceito. E essa delimitação do que é mérito é imprescindível para o estudo do controle judicial da

atuação administrativa discricionária, pois esta poderá ser maior ou menor dependendo do entendimento que se tem de até aonde vai o mérito dentro do ato administrativo. Para Mello (2005, p. 38),

[...] 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 admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Meireles (2002, p. 150-151) afirma:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.

Miguel Seabra Fagundes foi um dos primeiros autores brasileiros a tratar do tema “mérito do ato administrativo”. Segundo ele, não é possível que haja controle judicial sobre o mérito, pois se trata do sentido político do ato administrativo. Caso o juiz adentrasse no conhecimento do mérito, estaria extrapolando o campo de apreciação jurídica (legalidade e legitimidade), que lhe é reservado por ser o órgão responsável pela preservação da ordem legal, para adentrar no terreno da gestão política (discricionariedade), que é próprio dos órgãos do poder executivo.

De acordo com o mesmo doutrinador, o mérito constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários, pois quando a Administração Pública pratica um ato vinculado, o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal já está esgotado pela lei. A medida a ser tomada perante um caso concreto já foi analisada e concluída anteriormente pelo legislador. Nesses casos, o administrador apenas torna efetiva a solução preestabelecida.

No entanto, Di Pietro (1991, p. 91) explica que apesar de ser verdade que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, o aspecto político do ato, não é permitido, se não vejamos:

Usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir

as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.

Deste modo, podemos concluir que o mérito administrativo compõe o núcleo da discricionariedade administrativa, com relação à oportunidade e à conveniência da Administração Pública em perpetrar ou não determinado ato e, em fazendo-o, na escolha de quando e como praticá-lo; e, por fim, é principalmente encontrado nos elementos objeto e motivo dos atos administrativos, porém, vale lembrar que, de forma atípica, poderá ser também nos elementos forma e finalidade.

### 3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Segundo Mello (2011, p. 980-981), 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 inequívoca para a situação vertente.

A atuação discricionária engloba uma liberalidade de autonomia por parte de uma determinada autoridade. Sendo assim, atuar discricionariamente quer dizer exercer uma atividade, sob aspectos razoáveis e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando por aquele procedimento que irá melhor satisfazer o bem comum, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta, bem como diante do silêncio da mesma.

Já para Di Pietro (2013, p. 219 e 220), a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções todas válidas pelo direito.

Para justificar a existência da discricionariedade administrativa, a autora (2013, p. 220) se fundamenta em dois critérios, sendo um critério jurídico e um critério prático. Para o critério jurídico, ela nos traz à baila a teoria de Hans Kelsen, teoria da formação do Direito por degraus, isto é, o Direito é expressado através de vários degraus e, a cada ato, adiciona-se um elemento novo não previsto no anterior. E esse acréscimo se dá por

meio da discricionariedade. Já no critério prático, a discricionariedade é justificada levando em conta a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o agente poderá enfrentar na prática, evitando o automatismo do agente ao praticar o ato.

A partir desse critério prático, Mello (2000, p. 43) também sustenta que a discricionariedade é o resultado da impossibilidade de a mente humana poder saber, sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de direito.

Em síntese, a discricionariedade quer dizer uma preferência entre muitas possíveis, em atendimento ao interesse público próprio dentro de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. Seria, pois, a determinação do sentido de uma noção deixada na norma. A seleção da melhor maneira a ser praticada pela autoridade, dentre inúmeras possíveis, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade constantemente relativa, limitada e avaliável pelo poder judiciário, caso o ato avençado venha por ele ser discutido.

### **3.1 Discricionariedade e Vinculação**

Seguindo a linha da doutrina atual, é de suma importância diferenciarmos a discricionariedade e a vinculação para a compreensão da extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa.

Preliminarmente, a luz dos ensinamentos de Justen Filho (2005, p. 148-149), o princípio da legalidade pode se manifestar de duas formas: a determinação constitucional da estrita legalidade, que significa a supressão da competência normativa fora do poder legislativo para disciplinar determinado tema, ou seja, a impossibilidade de complementação da disciplina através do poder executivo e a existência de uma margem de atuação autônoma, concedida pela lei, ao seu aplicador; a atribuição ao aplicador de competência para identificar os pressupostos ou determinar comandos normativos para o caso concreto. No primeiro caso, tem-se a competência vinculada e, no segundo, o exercício da competência discricionária.

Podemos notar que na vinculação o agente público não tem qualquer autonomia, devendo se conter à única possibilidade de atuação que a lei lhe garante. Por outro lado, na discricionariedade, a lei permite ao agente o ônus de aplicar a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias, isto é, o poder-dever de realizar a escolha, sob a

ótica da oportunidade e da conveniência, sempre em favor do interesse público.

Araújo (2010, p. 488-489) afirma que não há ato absolutamente discricionário, visto que todos os atos administrativos estão subordinados ao princípio da legalidade, bem como ao texto legal. Do mesmo modo, conclui que também não há ato totalmente vinculado, já que a Administração tem a possibilidade de escolha dos meios e principalmente da oportunidade para a prática do ato.

Por outro lado, Mello (2011, p. 424) aduz que no ato vinculado não existe liberdade para o agente administrativo, pois o comportamento deste já foi antecipadamente definido por lei. Assim sendo, nesse caso, a lei estabelece a conduta a ser tomada pelo agente público, estabelecendo critérios objetivos e aferíveis objetivamente, no que tange ao caso concreto. Já no ato discricionário, a lei estabelece certa liberdade à Administração Pública, para sua atuação, que poderá adotar a que lhe pareça a melhor medida frente ao caso concreto.

Di Pietro (2013, p. 219-220) afirma que vinculação significa que a lei não deixou alternativas para a Administração Pública. Nesses casos, a lei fixa os moldes em que o administrador deverá agir frente à determinada situação, diante de certos requisitos. Portanto, a autora afirma que, diante de um poder vinculado, o particular possui um direito subjetivo de exigir do agente público competente a edição de determinado ato. Caso não o faça, a Administração deverá sujeitar-se à revisão judicial. Há outros casos, porém, em que a lei permite uma margem de escolha perante o caso concreto, possibilitando a escolha, pelo administrador, de uma ou outra possibilidade, com base em critério de conveniência e oportunidade da Administração. É por isso que a discricionariedade implica liberdade de atuação, sempre nos limites impostos pela lei.

Assim, podemos concluir que os atos da Administração Pública serão vinculados quando houver lei anterior que defina a conduta do agente público, ou seja, estabeleça como o administrador deverá agir diante de determinado caso concreto. Já no ato discricionário, a própria lei estabelece uma margem de escolha para a prática do ato, sendo de uma ou outra maneira, sempre dentro dos ditames legais. Nesse sentido, sempre será alcançado o interesse público, alguns conforme determina a lei e outros através da análise de oportunidade e conveniência da administração.

### 3.2 Discricionariedade e Arbitrariedade

Outro ponto que merece destaque é a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, pois ambos os substantivos não podem ser confundidos. Conforme exposto alhures, discricionariedade é liberdade garantida ao agente público na prática do ato, segundo ditames legais. Arbitrariedade, por outro lado, é ato contra a Lei; que desconsidera o interesse público para atender os caprichos do agente público.

Um exemplo prático que podemos observar relaciona a atividade discricionária a uma viagem de trem, deixando clara a diferença existente entre discricionariedade e arbitrariedade. Assim nos ensina Bacellar Filho (2008, p. 61-62):

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submisso ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes – em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção. (SIC)

Em suma, o ato discricionário observa os preceitos legais, é válido e legítimo, ou seja, o agente, analisando a oportunidade e a conveniência, escolherá qual melhor maneira de se praticar o ato, dentro dos limites estabelecidos por lei. Diferentemente do ato arbitrário, que é sempre ilegítimo e inválido, já que o agente público age em desconformidade com preceito legal, sendo passível de coerção pelo poder judiciário.

## 4 CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O controle jurisdicional, ou também denominado judicial, é o controle realizado pelo Poder Judiciário, ao exercer sua atividade jurisdicional, sobre os atos administrativos.

O principal fundamento que possibilita este controle por parte do Poder Judiciário é o Art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

direito”.

Alexandrino e Paulo (2014, p. 918) afirmam que, de acordo com o princípio da inércia judicial, o Poder Judiciário sempre age mediante provocação, em regra, do interessado ou legitimado. Ao exercer o controle judicial do ato, poderá ser decretada a anulação do ato. Cumpre lembrar que a revogação só poderá ser realizada pela própria Administração Pública, já que isso seria controle de mérito.

O Art. 2º da Constituição Federal de 1988 assim preceitua: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Se observarmos o texto constitucional, logo imaginaremos que, ao exercer o controle judicial, o Poder Judiciário estaria interferindo na atuação de outro poder, mas não é bem isso que acontece. Nenhum poder é totalmente independente do outro, pois, caso isso acontecesse, inviabilizaria o controle.

Conforme os ensinamentos de Justen Filho (2005, p. 23), a atividade administrativa deverá sempre ser pautada e limitada pela lei. Sendo assim, a separação dos poderes visa impossibilitar o desempenho independente desta atividade. Portanto, cabe ao Poder Judiciário averiguar e defender o cumprimento do texto constitucional e demais normas infraconstitucionais, porém esse controle judicial deverá sempre respeitar o limite de sua atuação, conforme veremos a seguir.

#### **4.1 Extensão do controle judicial**

De acordo com Alexandrino e Paulo (2014, p. 918), “o controle judicial verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo”. Em regra, é um controle postergado, corretivo, do qual se incide no ato já praticado.

Di Pietro (2013, p. 225) pontua que, com relação aos atos vinculados, não há restrições para o controle judicial, visto que todos os elementos do ato são vinculados, ou seja, definidos em lei e caberá, portanto, ao Judiciário analisar, em todos os seus aspectos, a adequação do ato com a lei. Por outro lado, nos atos discricionários, o controle só será possível se “respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”.

Nesses casos, o Poder Judiciário analisará os aspectos do ato, apenas no que tange à legalidade e examinar se a Administração não exagerou nos limites definidos por lei para a aplicação da discricionariedade. Desse modo, as técnicas de controle

judicial da discricionariedade administrativa a serem trabalhadas são o controle efetuado pelos princípios constitucionais administrativos e o controle de legalidade pelos elementos do ato administrativo, através da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes.

#### 4.2 Controle através de princípios constitucionais

Conforme averba Justen Filho (2005, p. 13-14), toda e qualquer liberdade imputada ao agente público deverá ser praticada necessariamente em concordância com os princípios jurídicos fundamentais. Segundo o autor, se faz necessário impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo para que se efetivem os valores dos princípios por ela tratados. A supremacia da Constituição deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.

No mesmo sentido, Mello (2007, p. 922-923) também ressalta:

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Deste modo, podemos notar que a violação de um princípio acaba sendo mais grave do que qualquer outra norma, já que descumprir um princípio quer dizer ofender não apenas um texto legal, mas a todo o sistema normativo. Podemos considerar então a mais grave forma de ilegalidade, porque age contra todo o sistema, abalando seus valores fundamentais.

Em suma, nenhuma atividade administrativa pode ser exercida em desconformidade ou colocada acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa, os quais trataremos de forma sincrética a seguir.

##### a) Princípio da legalidade

Na Constituição da República Federativa de 1988, o princípio da legalidade se encontra disposto expressamente no *caput* do Art. 37.

Di Pietro (2013, p. 64) assim tratou o princípio:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

O princípio da legalidade impõe restrições à atuação da Administração Pública, visa garantir o cumprimento do texto constitucional e, ainda, garante a possibilidade, prevista no Art. 5º, Inciso XXXV, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, mesmo que seja contra ato da própria Administração, garantindo assim a viabilidade do controle jurisdicional.

Além disso, a Constituição ainda prevê remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, dos quais podemos citar a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

#### **b) Princípio da impessoalidade**

O princípio da impessoalidade está igualmente expresso no *caput* do Art. 37 da Constituição Federal.

Di Pietro (2013, p. 68) ensina que existem duas vertentes a serem consideradas quanto ao princípio da impessoalidade. Exigir impessoalidade administrativa, para a autora, tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração Pública. No primeiro caso, quer dizer que o agente público não pode exercer a função pública com o fito de prejudicar ou beneficiar pessoas específicas, já que sempre deverá prevalecer o interesse público sobre seus atos.

No segundo caso, significa que os atos administrativos não são imputáveis ao agente público que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa a que está subordinado. Assim, as realizações administrativas não são do agente público, mas do órgão ou da entidade pública em nome de quem as produziu.

Em suma, o controle jurisdicional será exercido na primeira vertente visto que, se ficar demonstrada a vontade do agente em beneficiar ou prejudicar pessoa determinada, ferirá o princípio da impessoalidade e, conseqüentemente, o da legalidade, já que deve sempre manter o interesse público sobre o privado.

#### **c) Princípio da moralidade**

Primeiramente, devemos esclarecer que a moralidade que estamos tratando não é a moralidade comum e sim a moralidade administrativa. A doutrina hodierna define a

moralidade administrativa como sendo um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, embora alguns doutrinadores achem essa conceituação vaga e imprecisa. Deste modo, existe uma moral institucional, prevista em lei, e há ainda a moral administrativa, que, nas palavras de Di Pietro (2013, p. 78), “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.

Assim, conforme o referido princípio, o comportamento do administrado com a Administração ou da própria Administração Pública deverá estar de acordo com a lei, se ele extrapolar a moral e as regras de boa administração, estará violando o princípio da moralidade. O ato administrativo praticado em desconformidade com esse princípio deverá ser retirado de imediato do ordenamento jurídico, seja pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, no exercício do seu controle sobre o ato, não devendo produzir assim qualquer efeito jurídico.

#### **d) Princípio da publicidade**

O princípio da publicidade vem também inserido no Art. 37 da Constituição. Ele exige uma ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, sendo asseguradas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Este princípio funciona como forma de fiscalização da Administração, por todos que se interessem, já que estes estarão cientes dos atos por ela praticados.

Além disso, cumpre lembrar que o presente princípio busca estabelecer transparência na atuação dos administradores, possibilitando verificar se estes estão sendo praticados dentro da moralidade administrativa, princípio estudado alhures, fomentando assim a credibilidade dos cidadãos no exercício da Administração Pública.

#### **e) Princípio da eficiência**

O princípio da eficiência está inserido na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 37, *caput*, como princípio da Administração Pública, pela Emenda Constitucional n°19/98.

Para Di Pietro (2013, p. 83-85), esse princípio deverá ser analisado sob dois aspectos: um quanto ao modo de atuação do agente público, do qual esperamos o melhor desempenho possível de suas funções, para poder alcançar o melhor resultado possível; e, o outro é quanto ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Com princípio da eficiência, o legislador buscou promover um melhor

desempenho da atividade administrativa do Estado, com objetivo de atender além da necessidade de controle dos processos que a Administração atua, mas também elaborando mecanismos de controle dos resultados obtidos. Para a efetivação deste princípio, a Administração Pública realiza avaliação periódica de seus agentes, sempre visando melhor qualidade em seus serviços.

#### **f) Princípio da supremacia do interesse público**

Este princípio e o princípio da indisponibilidade do interesse público são os alicerces do Direito Administrativo.

Há divergência doutrinária no que tange a presença deste princípio tanto no momento de elaboração da lei como no momento de sua aplicação por parte da Administração Pública. A outra corrente defende que o princípio só estará presente quando a Administração Pública efetuar atos de império, visto que, há os chamados atos de gestão e atos de mero expediente, praticados pela Administração internamente, principalmente em sua atividade-meio, sobre os quais não haverá incidência direta do princípio.

Segundo Di Pietro (2013, p. 65), o princípio inspirará o legislador e irá vincular a autoridade administrativa em toda a sua atuação, defendendo assim a primeira corrente (entendimento majoritário), em que o princípio estará presente em todos os atos praticados pela Administração.

A grande relevância deste princípio está no fato de que o interesse público é que irá reger a atuação do administrador. Muito embora as normas de direito público protejam reflexamente o interesse individual, seu objetivo primordial é atender o bem-estar coletivo, ou seja, o interesse público. Deste modo, ao exercer o controle, o magistrado deverá analisar o ato sob a ótica deste princípio, sob pena de anulação do mesmo.

#### **g) Princípio da razoabilidade e proporcionalidade**

Quanto a este princípio, também há divergência doutrinária ante ao fato do princípio da proporcionalidade ser um princípio independente ou ser somente um sinônimo da razoabilidade. Neste artigo, seguindo assim, os ensinamentos de Mello (2011, 208-211), consideraremos o segundo posicionamento, ou seja, aquele que considera a proporcionalidade como parte do princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade é uma premissa do senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, sendo efetivada no Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que os requisitos formais, que decorrem do

princípio da legalidade, reforçam ainda mais o texto legal. Assim, de acordo com este princípio, a Administração, ao atuar no exercício da função pública de forma discricionária, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista razoável, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas, ou seja, com o que é aceitável pela sociedade como um todo.

O princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade não tem previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, sendo fruto de construção doutrinária e jurisprudencial. Estes princípios têm lugar no contexto de uma relação meio-fim, frente a uma situação concreta ocorrida no seio da Administração Pública, e aplicam-se primordialmente na análise da legitimidade dos atos discricionários que impliquem limitação ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções. São considerados como as mais severas limitações à competência discricionária da Administração e possibilitam ao Judiciário a anulação dos atos que as afrontem.

### 4.3 Outras técnicas de controle

#### 4.3.1 Teoria dos motivos determinantes

Segundo Alexandrino e Paulo (2014, p. 498),

A denominada teoria dos motivos determinantes consiste em, simplesmente, explicitar que a administração pública está sujeita ao controle administrativo e judicial (portanto, controle de legalidade ou legitimidade) relativo à existência e à pertinência ou adequação dos motivos – fático e legal – que ela declarou como causa determinante da prática de um ato.

Os autores concluem afirmando que, caso o agente não execute a situação declarada ou haja uma inadequação entre a situação ocorrida e o motivo descrito na lei, o ato será nulo. No mesmo sentido, Mello (2011, p. 404) averba:

De acordo com essa 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 o ato mesmo quando [...] 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.

Na visão do douto doutrinador, a análise dos motivos do ato, tanto para a subsistência destes quanto à idoneidade que possuem, é o que possibilita o controle judicial sobre a Administração Pública na seara discricionária. A análise da existência ou da inexistência de motivos para a prática do ato não traz grandes dificuldades. O verdadeiro óbice se faz na investigação da “valoração” dos motivos, se estes realmente eram adequados ou não para a escolha do agente na prática do referido ato.

O grande problema está no fato de que o agente, na prática do ato administrativo discricionário, tem liberdade para escolher se o motivo é relevante ou não para a Administração Pública. Para que o juiz proceda com o controle jurisdicional, por este caminho, deverá realizar uma análise minuciosa entre os motivos e o ato praticado, pois só poderá decretar a anulação do ato se este foi praticado de forma desproporcional e contrária ao interesse público.

#### 4.3.2 Teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade

Conforme já exposto, a atividade administrativa encontra no texto legal seus fundamentos e seus limites. Os agentes públicos são meros executores do que está previsto no texto legal. Neste sentido, podemos notar que não poderá haver atuação regular da Administração Pública, fora dos ditames legais.

Conforme Art. 2º, Parágrafo único, Alínea “e”, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei da ação popular, o desvio de finalidade, igualmente chamado de desvio de poder, ocorre quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Da mesma forma, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei da improbidade administrativa, em seu Art. 11, Inciso I, preceitua que o desvio de poder é um ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração, sendo assim passível de coerção nos moldes da lei.

Para Di Pietro (1991, p. 203):

O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Segundo Araújo (2010, p. 1.194), o desvio de finalidade ou desvio de poder será caracterizado se presente alguma das seguintes hipóteses:

1) A autoridade age explicitamente contra o que a lei lhe estabelece; 2) a autoridade age a mais do que a lei lhe permite ou determina (o que também é contra o que a lei estabelece); 3) a autoridade age diferentemente do que a lei determina, explícita ou implicitamente (o que também é contra o que a lei estabelece); 4) age utilizando forma diversa da prescrita, quando há prescrição (o que também é contra o que a lei estabelece); 5) age, embora competente e utilizando forma adequada, movido por finalidade diversa da que a lei e o direito lhe determinam, explícita ou implicitamente (o que, ainda aqui, também é contra o que a lei lhe estabelece).

O autor ainda conclui que, em todos casos, o que se visa tutelar é a proteção do administrado contra a ilegalidade, advinda do exercício da função do agente público ou da Administração Pública, visto que este efetuara o mau uso desta, isto é, o uso ilegal da competência da qual lhe foi conferida.

Ante o exposto, podemos concluir que desvio de poder é a utilização de uma competência em discordância com a finalidade prevista em lei. O agente engana o fim legal, saindo da esfera da finalidade que a própria lei lhe atribuiu. É a transgressão da lei. Deste modo, temos o controle jurisdicional do desvio de poder como um controle da estrita legalidade.

Ao ser analisado judicialmente o desvio de poder, não se estará invadindo o mérito administrativo, pois tal investigação não afetará a discricionariedade do ato. Reitero, apenas corresponde a um estrito exame de legalidade. Neste ponto, não há discricionariedade, mas sim ilegalidade quando o agente dá outra destinação ao que estava previsto em lei, visto que não há exercício regular da função pública; quando age em desacordo com a lei.

O grande problema no desvio de poder está na dificuldade de produção de provas, já que, na maioria das vezes, trata de intenções subjetivas do agente e, por isso, precisa de indícios ou elementos probatórios suficientes para restar demonstrado que a finalidade desviada realmente existiu. Geralmente, a prova do desvio de finalidade consistirá em um conjunto de circunstâncias alheias ao aspecto externo do ato, mas que estão na sua realidade em seus antecedentes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo é apresentar o posicionamento doutrinário existente sobre a forma de controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários praticados pela Administração Pública.

Desta feita, utilizamos tanto as obras clássicas de destacados doutrinadores sobre o tema, como é o caso de Helly Lopes Meirelles e de Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto de obras mais recentes de doutrinadores de grande ascensão no Direito Administrativo atual, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, usadas no decorrer de todo o trabalho.

Para compreensão do cerne do presente artigo, foi necessário partir, esmiuçando o que é o ato administrativo, os elementos que o compõe, para poder identificar a discricionariedade. Após essa primeira compreensão, tivemos a possibilidade expor a posição doutrinária sobre a discricionariedade, diferenciando-a com a vinculação e a arbitrariedade, temas na segunda seção do artigo.

Finalizando o presente artigo, demonstramos como se efetiva o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários praticados no exercício da função pública. Aqui, vemos a relevância dos princípios constitucionais administrativos para a efetivação do controle. Com os princípios constitucionais administrativos estampados no Art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aliados aos princípios implícitos do texto constitucional, porém não menos importantes, temos a supremacia do interesse público e da proporcionalidade e da razoabilidade. Outra forma de controle também explicada é das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, para evitar que os administradores públicos, no exercício de sua função, não cometam atos em desacordo com a lei, bem como aqueles que não visam o interesse público.

Podemos notar que, no que tange ao mérito do ato administrativo, é unanimidade na doutrina que este deve ser mantido, ou seja, que é proibido ao Poder Judiciário analisar o mérito da atuação administrativa discricionária, mantendo intacto o princípio da separação dos poderes. O Poder Judiciário só passa ao exame do ato discricionário dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, baseamos o controle jurisdicional basicamente na legalidade do ato, analisando se este está conforme o texto constitucional, bem como no texto legal. Caso extrapole essa seara, estará ferindo o princípio da independência dos poderes.

Isto posto, cumpre ressaltar que o presente artigo não possui o intuito de esgotar o tema proposto. Foi necessário realizar, primeiramente, o estudo do ato administrativo e a discricionariedade administrativa para somente então ingressar no cerne do tema do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública. Deste modo, possível estabelecer os fundamentos que pautam o Poder Judiciário para intervir na atividade de outro Poder, sem que isto configure um descumprimento do princípio da separação dos poderes.

Assim, o artigo buscou desmistificar a atuação administrativa discricionária, para que a sociedade como um todo não se equivoque ao pensar que o agente público aja ao seu bel prazer, para que não achem que os representantes da máquina pública não seguem a lei. Buscamos também mostrar, sob a ótica do agente público, que este, embora tenha liberdade conferida por lei, também poderá ser reanalisado pelo Poder Judiciário, evitando atuação ilegal por parte destes.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo - descomplicado**. 22. ed. São Paulo, SP: Método, 2014.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Matheus. **Direito administrativo**. Juspodivm, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. **Revista dos tribunais**. 2014.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.