



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ROBERT CAIQUI DE OLIVEIRA

DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

**BARBACENA
2012**

ROBERT CAIQUI DE OLIVEIRA

DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho

**BARBACENA
2012**

Robert Caiqui de Oliveira

DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Marcos Sampaio Gomes Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^a. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado persistência e força para superar todas as barreiras e caminhar até aqui.

Agradeço ao meu Pai e à minha Mãe, os grandes artífices que lançaram as bases do meu caráter e me guiaram pela vida, encorajando-me, auxiliando-me e sempre lutando pelo meu sucesso.

Ao meu irmão e à minha namorada Grazielle, que me apoiaram em todos os momentos.

Aos familiares e amigos que fizeram parte dessa longa caminhada.

Agradeço aos meus incentivadores na carreira jurídica, Selmo Umbelino e Leandro Viol.

Agradeço também ao professor e mestre Tenório, ao qual faltam palavras para demonstrar tamanha gratidão.

Muito obrigado a todos vocês! Como as palavras são insuficientes para expressar-lhes o meu agradecimento e atribuir-lhes o justo mérito, rogo a Deus que os proteja e ilumine, hoje e sempre!

O ser humano deve ver que nada existe realmente, mas que tudo está nascendo, crescendo e morrendo. No instante em que alguma coisa atinge o seu auge, começa a decair. A lei do ritmo está em funcionamento constante. Não existe a realidade. Não há uma qualidade duradoura, fixidez ou substancialidade em nada. Nada é permanente, a não ser a mudança. O ser humano deve ver todas as coisas evoluindo de outras, levando-se a outras, uma ação e reação constante, fluxo e refluxo, construindo ou demolindo, criação e destruição, nascimento, crescimento e morte. Nada é real, e nada resiste a não ser a mudança.

Cabala

RESUMO

O objetivo deste estudo é possibilitar, a partir de questões simples e práticas, a delimitação dos exatos contornos do poder discricionário e do mérito administrativo que lhe é correlato. Para isso, serão apresentadas as notas típicas do ato administrativo, com individualização de cada um de seus elementos, para após analisar-se o poder discricionário e a discricionariedade administrativa, a qual só é legítima quando exercida dentro das pautas legais. Posteriormente, serão discutidos os vícios do ato administrativo e, finalmente, será analisado o controle judicial dos atos administrativos.

Palavras-chaves: Ato administrativo. Poder discricionário. Discricionariedade. Mérito administrativo. Abuso de poder. Controle judicial.

ABSTRACT

The objective of this study that is to make possible, from a simple and practical questioning, the delimitation of the exact contours of the discretionary power and administrative merit correlated. For this, will be presented the typical notes of the administrative act, with individualization of each one of their elements, to after analyze discretionary power and administrative discretion, which is legitimate only when exercised within of legal criteria. Posteriorly will be discussed the defects of the administrative act and, ultimately, will be analyzed the judicial control of the administrative acts.

Keywords: Administrative act. Discretionary power. Discretion. Administrative Merit. Abuse of power. Judicial control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DO ATO ADMINISTRATIVO.....	9
2.1	Dos elementos do ato administrativo.....	10
3	DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	13
4	DO MÉRITO ADMINISTRATIVO	15
5	DOS VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	17
6	DO ABUSO DE PODER NA PRÁTICA DO ATO ADMINISTRATIVO.....	19
6.1	Do excesso de poder	20
6.2	Do desvio de poder ou de finalidade.....	21
7	DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO.....	23
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
	REFERÊNCIAS	27

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em poder discricionário e em mérito administrativo é comum surgirem dúvidas sobre suas delimitações, não apenas para os estudiosos do direito, como também para os administradores públicos, agentes que têm o poder-dever de gerir a coisa pública visando ao interesse coletivo.

Por isso, esse trabalho objetiva traçar as notas fundamentais da discricionariedade e de seu correlato mérito administrativo.

Cada um dos Poderes da República (Legislativo, Judiciário e Executivo) edita um ato típico no exercício de sua função soberana precípua: o Legislativo a lei, o Judiciário a sentença e o acórdão, e o Executivo o ato administrativo.

Muitas vezes, ao editar o ato administrativo o administrador público deve decidir de acordo com a conveniência e oportunidade, quando então atua com base na discricionariedade que lhe é conferida por lei.

Dessa forma, para facilitar a compreensão do tema, vez que a discricionariedade jamais anda dissociada de um ato administrativo, de início serão apresentadas as notas típicas do ato administrativo e seus elementos.

Posteriormente, será analisada a discricionariedade administrativa sob o ponto de vista prático, de modo a permitir sua evidenciação a partir de um simples quesito ligado à escolha do administrador por determinada opção.

Na sequência, será analisado o mérito administrativo, de modo a permitir sua evidenciação a partir de um quesito ligado aos motivos que levaram o agente público a eleger determinada opção.

Em seguida, serão discutidos os vícios do ato administrativo, sem o que o desenvolvimento do tema fica dificultado, pois é a partir da análise de eventuais vícios que se conclui se o administrador violou ou não a discricionariedade.

Nesse sentido, será analisado o abuso de poder nas modalidades de excesso e desvio de finalidade por ocasião da prática do ato administrativo.

Outrossim, será discutido o controle judicial de todo e qualquer ato administrativo, ressaltando-se que esse controle é possível tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários, desde que adstrito aos aspectos da legalidade.

Enfim, sem maiores pretensões, espera-se com esse tema possibilitar a evidenciação do poder discricionário e do mérito administrativo a partir de quesitações simples e práticas, visando à sua adequada delimitação.

2 DO ATO ADMINISTRATIVO

Cada Poder orgânico da República — Legislativo, Judiciário e Executivo — no exercício de sua função precípua manifesta-se por meio de um ato jurídico típico. Assim, o Legislativo o faz pela lei, o Judiciário pelo acórdão e sentença, e o Executivo pelo ato administrativo.

O ato administrativo nada mais é que uma prescrição, um comando, uma ordem, e pode ser escrito, verbal, mímico, eletromecânico, pictórico entre outros meios de manifestação.

Na verdade, mediante declaração de vontade expressa ou tácita a Administração projeta o ato administrativo no mundo jurídico visando à produção de efeitos, por meio dos quais exerce sua função de prestar serviços públicos.

Com base nesses esclarecimentos, pode-se afirmar que o ato administrativo é a declaração jurídica do Estado ou de quem o represente, objetivando adquirir, resguardar, modificar, extinguir ou declarar direitos e obrigações, sempre inferior à lei e passível de apreciação pelo poder judiciário.

Cretella Júnior (2002, p. 152) assim o define:

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

Para Meirelles (2003, p. 132) ato administrativo é

[...] **toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública** que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (grifo nosso)

Di Pietro (2009, p. 196) prefere o seguinte conceito um pouco menos amplo:

[...] **declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos**, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário. (grifo nosso)

O ato administrativo é uma entidade jurídica que se compõe dos seguintes elementos, requisitos ou condições de validade, os quais serão analisados adiante: competência, finalidade, forma, motivo e objeto ou conteúdo,

Assim, para ser legítimo, o ato administrativo, vinculado ou discricionário, como emanção da vontade estatal, deve ser editado com estrita observância da lei no que diz respeito a cada um de seus elementos, pois a vontade do administrador é a vontade impessoal da lei, mesmo quando age discricionariamente, pois a discricionariedade, que não pode ser confundida com arbitrariedade, nada mais é que o poder de escolha entre as opções que a lei oferece.

2.1 Dos elementos do ato administrativo

A visão estrutural do ato administrativo adotada pela doutrina majoritária foi encampada pelo art. 2º da Lei nº 4.717¹ de 29/06/1965, a qual, conquanto trate da ação popular, é o único diploma legal pátrio a tratar dos elementos, requisitos ou condições de validade do ato administrativo, a saber: competência, objeto, motivo, finalidade e forma.

Cretella Júnior (1977, p. 22), adotando essa terminologia, define a anatomia do ato administrativo como “o conjunto dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da administração, ou seja, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim”.

Bandeira de Mello (2010, p. 391) define-os da seguinte maneira:

sujeito é o autor do ato, quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; **forma** é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; **objeto** é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece..., **motivo** é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; **finalidade** é o bem jurídico a que o ato deve atender. **Vontade é a disposição anímica de produzir o ato, ou, além disto, de atribuir-lhe um dado conteúdo.** (grifo nosso)

Todo ato administrativo, seja discricionário ou vinculado, deve obrigatoriamente conter ao menos os cinco seguintes elementos:

— **Competência:** é elemento vinculado que fica caracterizado quando o ato se inclui nas atribuições legais do agente que o praticou. Assim, quando o agente que pratica o ato

¹ Ver mais em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm.

não dispõe de poder para fazê-lo evidencia-se o vício de incompetência e o ato será inválido/nulo.

— **Finalidade:** é caracterizada pelo interesse público que obrigatoriamente enseja a prática de todo e qualquer ato. É elemento vinculado, de modo que a prática de ato administrativo sem finalidade pública ocasiona sua invalidade/nulidade por afrontar a Teoria do Desvio do Poder.

— **Forma:** é o elemento vinculado que se corporifica pela observância integral de todas as formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato, envolvendo desde o processo legal que o antecede até sua publicidade, como também o modo como ele se apresenta externamente, normalmente escrito. Assim, um ato punitivo decorrente de um processo despido do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, é inválido/nulo por vício de forma.

— **Motivo:** é o pressuposto de fato ou de direito que impele o administrador público à realização do ato. Esse elemento pode ser vinculado, quando expresso em lei, ou discricionário, quando a lei o deixa a critério do administrador. Porém, se o ato discricionário for motivado, ele fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, como orienta a Teoria dos Motivos Determinantes haurida no Direito francês, de sorte que se o motivo que o ensejou não for verídico ou não exista o ato será inválido/nulo.

— **Objeto ou conteúdo:** é o elemento que se identifica com o “assunto” de que trata o ato, bastando observar o que o ato prescreve. Assim, no ato de nomeação o objeto é a nomeação, no punitivo é a punição. Quando o administrador pode escolher entre mais de um objeto ele dispõe de poder discricionário para decidir de acordo com a conveniência e oportunidade.

3 DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

No exercício de suas atribuições o administrador às vezes se depara com situações que lhe exigem uma decisão com certa liberdade quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo a ser editado, ocasião em que atua com base no poder discricionário que lhe é legalmente conferido.

Quanto ao poder discricionário Meirelles (2002, p. 114) orienta sem realces no original que:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com **liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo**.

Os atos administrativos que comportam o juízo de conveniência e oportunidade segundo as pautas da lei são chamados atos discricionários, os quais são assim conceituados por Bandeira de Mello (2009, p. 424) com nossos realces:

Os atos discricionários **são os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade** formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. (grifo nosso)

Apesar da liberdade de decisão quanto à conveniência e oportunidade a legitimidade do ato discricionário fica sempre condicionada à finalidade pública, ao bem comum, ao interesse coletivo, mesmo porque o ato discricionário não pode ser confundido como ato arbitrário.

Embora conte com certa margem de liberdade decisória ao editar o ato discricionário o administrador público deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois esses critérios balizam a melhor opção.

Meirelles (2002, p. 91) aduz que a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice versa e que “a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque cada norma tem uma razão de ser”.

Quanto ao princípio da razoabilidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso, Resende (2009, p. 135) preleciona com nossos realces que:

A **razoabilidade** é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. **Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada**, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.

Por outro lado, quanto ao princípio da proporcionalidade, eis a orientação de Cunha Júnior (2009, p. 50) sem destaques no original:

A proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Agir discricionariamente é agir com poderes previamente conferidos por lei para que se escolha, entre opções disponibilizadas, aquela que melhor atenda ao interesse público, sendo vedado ao administrador ultrapassar os limites legais, sob pena de incorrer em ilegalidade e o ato praticado ser invalidado/anulado.

Como será esclarecido adiante, não se confunde poder discricionário com mérito administrativo, pois enquanto este é o poder conferido à administração para escolher entre várias opções legais, aquele nada mais é que a valoração subjetiva empreendida pelo administrador que o leva a decidir por uma entre as várias opções que a lei lhe permite.

O poder discricionário pode vislumbrado pela seguinte pergunta que o administrador deve fazer-se antes de decidir, mas comente quando autorizado a escolher entre opções que a ordem jurídica permite, sendo que qualquer opção atende ao interesse público prevalente: **“Qual a escolha?”**.

Como será visto adiante, embora correlato com o poder discricionário o mérito administrativo com ele não se confunde.

4 DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

O mérito pode ser compreendido como a ponderação que o administrador faz sobre determinados fatos e que o leva a decidir num sentido ou noutro ou até mesmo nada decidir, apreciando o que é oportuno e conveniente.

De acordo com Bandeira de Mello (2010, p. 973)

[...] o mérito do ato é o **campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente vem a remanescer no caso concreto**, para que o administrador, segundo critério de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, Meireles (2003, p. 53) orienta que:

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. (grifo nosso)

Como se percebe, o mérito administrativo constitui uma valoração realizada pelo administrador que o leva a optar, entre as opções possíveis, aquela que no seu julgamento melhor atende ao interesse público.

Pode-se dizer que enquanto o poder discricionário é o poder de escolha conferido pela lei, o mérito administrativo é a valoração que leva a administração a escolher uma entre as opções possíveis.

O Poder Judiciário não pode rever o mérito administrativo, sob pena ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mesmo porque não lhe compete substituir a vontade administrativa pela vontade judicial.

O mérito administrativo exsurge da seguinte pergunta que o administrado deve fazer-se após valorar e escolher entre as opções viáveis a que melhor atende ao interesse público: **“Por que essa escolha?”**.

Dessa forma, pode-se afirmar que o poder discricionário é revelado pelo quesito “**Qual a escolha?**” enquanto o mérito administrativo pelo quesito “**Por que essa escolha?**”.

5 DOS VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A teoria em relação aos vícios do ato administrativo guarda estreita relação com a das nulidades do direito civil, mas difere quanto às soluções e quanto à sua amplitude.

Nas relações privadas são causas que viciam o ato jurídico: o dolo, o erro, a coação, a simulação, a fraude, a incapacidade do agente ou o vício de forma.

Os vícios ou defeitos dos atos administrativos se classificam em relação ao agente do qual emana a vontade, à manifestação dessa vontade, e ao conteúdo.

No direito administrativo importa mais as repercussões da invalidade do ato que a natureza do defeito, pois há relevância do interesse público afetado.

Quanto às consequências que afetam a coletividade, há uma tríplice divisão quanto aos atos administrativos em atos absolutamente inválidos ou nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares.

Os atos administrativos absolutamente inválidos, ou nulos, são atos sem nenhum valor jurídico, onde pelo menos um dos elementos essenciais foi atingido, mas de tal maneira que razões de interesse público ou de moralidade administrativa fulminam irremediavelmente o ato, como nos casos de objeto ilícito, desvio de finalidade, abuso de poder.

Nos atos relativamente inválidos, ou anuláveis, um elemento essencial foi eivado de vício, mas os efeitos persistem mesmo depois de verificado o vício.

Já os atos irregulares, são atingidos por pequenos vícios, geralmente defeitos de forma e seus efeitos continuam mesmo depois de verificado o vício, já que ileso o conteúdo do ato, não havendo nenhum prejuízo à coletividade.

A propósito, a Lei nº 4.717/65 refere-se aos vícios do ato administrativo, fazendo-o da seguinte forma:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a **incompetência** fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

- b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a **ilegalidade do objeto** ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o **desvio de finalidade** se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Assim, ao se estudar os vícios que podem afetar os atos administrativos, deve-se fazê-lo vinculando os vícios aos elementos essenciais do ato administrativo: a competência, o objeto, o motivo, a finalidade e a forma.

— **Vícios relativos à competência:** o ato administrativo emana de um agente público que deve possuir atribuição legal para a prática do ato, de modo que se o agente não detém o poder legal para manifestar-se como órgão do Estado, há vício de competência. Os vícios da competência podem ocorrer quando o agente age sem estar legalmente investido na função pública, usurpando assim a função, ou quando um agente investido excede o âmbito de suas atribuições conferidas por lei, abusando de sua função.

— **Vícios relativos ao objeto:** o objeto deve ser lícito, possível e determinável. O objeto é lícito quando não contrário à lei; possível quando é possível no mundo prático, realizável de fato; determinável quando o objeto pode ser individualizado, determinado com a exatidão necessária. Dessa forma fica fácil definir os vícios do objeto. Há vício no objeto quando ele for ilícito, impossível ou indeterminado.

— **Vícios relativos ao motivo:** os motivos são as razões, ou fundamentos, que inspiram o ato, mas no direito público essas razões nunca são livres. No direito administrativo o motivo ou causa é o pressuposto de fato ou de direito do ato administrativo, devendo sempre estar pautado no interesse público.

— **Vícios relativos à finalidade:** a atividade administrativa não se dá sem rumo, mas sempre norteadada pelo princípio básico do interesse público geral, de sorte que quando desvirtuada a finalidade o ato apresenta vício irreparável, configurando desvio de finalidade ou desvio de poder que legitima sua invalidação/anulação.

— **Vícios relativos à forma:** o conjunto de solenidades que o sistema jurídico impõe para a prática e seriedade do ato também constitui sua forma.

6 DO ABUSO DE PODER NA PRÁTICA DO ATO ADMINISTRATIVO

No estudo do Direito Administrativo, de um lado há a ideia de que o “poder” é uma força oriunda do alto e imposta aos administrados como que hierarquicamente, e de outro há a de que é um dever de servir à coletividade, representando as necessidades gerais que justificam o exercício da autoridade.

A ideia de dever, de função, combina melhor com Estado Democrático de Direito, onde o titular do poder é o povo, os agentes administrativos são apenas representantes.

Quando o administrador edita o ato administrativo respeitando todos os seus elementos, sua manifestação é legítima e válida.

Porém, quando viola alguns dos elementos do ato, age com abuso de poder e seu ato se sujeita a invalidação.

Nesse sentido, Meirelles (2006, p. 112) assevera que:

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do Poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as suas exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. **O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrativa, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir.** A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas de uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram [...]. (grifo nosso)

Na verdade, abusar do poder é empregá-lo de forma alheia à lei, sem visar o interesse público.

O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

Assim, o abuso de poder pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições, ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explícita da lei, se encaixando no desvio de poder.

Aspecto a ser ressaltado é a possibilidade de o abuso de poder assumir tanto a forma comissiva quanto a omissiva, vale dizer, o abuso tanto pode resultar de uma ação ilegítima positiva do administrador, quanto de uma omissão ilegal, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado.

O abuso dá-se na forma omissiva quando se esperava alguma atitude do administrador e por motivos não justificáveis o mesmo veio a se manter inerte. Essa atitude é ilegal porque o administrador tem o dever-poder de atuar conforme a lei.

Por isso, é legítima a análise pelo Judiciário da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, a fim de se averiguar se a medida efetivamente tomada está dentro dos limites legais e correspondente à finalidade pública.

Contudo, há de se observar que o controle jurisdicional não pode invadir a margem de liberdade administrativa que a lei haja conferido ao administrador.

A razoabilidade e a proporcionalidade impõem limites à ação discricionária, de modo que qualquer ato administrativo que não se mostre razoável ou proporcional, também não estará em conformidade com a norma jurídica e será invalidado pelo Judiciário.

O abuso de poder não obstante tratar-se de expressão repetidamente empregada de forma genérica como sinônimo de arbitrariedade desdobra-se mais precisamente, em duas categorias consagradas, a saber: excesso de poder e desvio de finalidade.

Em síntese, pode-se dizer que o abuso de poder é gênero enquanto o desvio e o excesso de poder são espécies desse gênero.

6.1 Do excesso de poder

É vício relacionado ao elemento competência do ato administrativo que ocorre quando o agente público atua fora dos limites de sua esfera de competência.

Verifica-se quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, extrapola o uso de suas faculdades administrativas, indo além dos limites fixados em lei, excedendo a sua competência.

6.2. Do desvio de poder ou de finalidade

Ocorre quando a atuação do agente, embora dentro de sua órbita de competência, contraria a finalidade explícita ou implícita na lei.

Verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

O desvio de poder é vício quanto à finalidade do ato que o torna ilegal e implica sua nulidade.

Além dos conceitos doutrinários, a definição legal de desvio de poder acha-se expressa na lei que trata da ação popular, Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que em seu art. 2º, parágrafo único, alínea 'e', preceitua que "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

Sobre o desvio de poder Di Pietro ensina que:

[...] Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa (2000, p. 99).

[...] 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 (2000, p. 180).

Meirelles (2006, p. 112) refere-se ao desvio de poder da seguinte forma:

[...] **é a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei**, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de ato administrativo aparentemente legal [...]. (grifo nosso)

7 DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

A possibilidade de controle judicial de quaisquer atos jurídicos, públicos e privados, é da índole do Estado Democrático de Direito.

Meirelles (1993, p. 42) preleciona que "controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa".

Com relação aos atos vinculados o Poder Judiciário pode analisar todos os seus elementos e, havendo vício em algum deles, decretar sua nulidade.

Porém, com relação aos atos discricionários o controle judicial também é possível, mas bem mais restrito, devendo ater-se apenas aos aspectos da legalidade, respeitando obrigatoriamente a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é constitucional ou legalmente assegurada.

Ou seja, a lei assegura à Administração certa margem de discricionariedade, de modo que se ela atua dentro desses limites, observando todos os requisitos de validade e princípios do ato que venha a editar, este mostra-se inatingível, pois o controle judicial é possível, mas o Judiciário terá obrigatoriamente de respeitar a discricionariedade dada ao administrador.

De fato, na medida em que a Constituição Federal assegura a independência e a harmonia entre os Poderes, impede que o Judiciário invada o espaço reservado ao administrador pela lei, pois, se assim não for, ao ingerir no mérito administrativo o Judiciário estaria substituindo a vontade do Administrador pela vontade do Juiz, por seus próprios critérios de escolha, menosprezando a opção legítima feita pela autoridade administrativa com base em razões de oportunidade e conveniência.

Nesse sentido, Di Pietro (2000, p. 181) preleciona que:

Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz.

A rigor, pode-se dizer que ao Judiciário cabe apenas apreciar os aspectos de legalidade para verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade.

Doutrinariamente, a teoria do desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes visam a fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a legitimar a intervenção judicial quando o administrador edita ato viciado.

Di Pietro (2000, p. 180) assim se refere a essas teorias:

[...] 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.

Outra é a **teoria dos motivos determinantes**, já mencionada: **quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros**. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.

Assim, quando o administrador edita um ato sem finalidade pública atua com desvio de poder e fica evidenciado vício no elemento finalidade do ato. De forma análoga, quando indica na motivação de um ato motivos inverídicos viola o motivo e evidencia vício no elemento motivo. Nesses casos, o Poder Judiciário, com base na teoria do desvio do poder ou na teoria dos motivos determinantes fica legitimado a anular/invalidar o ato viciado.

Todo controle judicial de um ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, é um controle de legalidade e não de mérito administrativo, pois este, como visto, não é passível de revisão judicial. Portanto, o controle judicial exercido sobre um ato discricionário deve ater-se apenas à legalidade, de modo que quando o juiz decide se ao editar um ato discricionário o administrador atuou ou não com razoabilidade e proporcionalidade, realiza controle de legalidade, já que qualquer ofensa aos princípios, hoje normatizados, constitui ofensa a norma jurídica.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi apresentar as notas típicas do ato administrativo e os meandros da utilização da discricionariedade pelo poder público.

Embora o administrador deva pautar a discricionariedade nos limites legais, não raras vezes ele extrapola os limites em que a discricionariedade é autorizada, dando ensejo à nulidade do ato, no âmbito administrativo ou judicial.

É comum o surgimento de dúvidas quando a questão envolve o poder discricionário e o mérito administrativo que lhe é correlato, o que tem gerado a prática de atos viciados, eis que não raras vezes o próprio administrador desconhece as diferenças entre discricionariedade e vinculação.

Essas dúvidas justificaram o presente estudo, o qual buscou apresentar noções básicas que permitem diferenciar o poder discricionário do mérito administrativo e assim verificar se a atuação discricionária de fato o é e se atende ao interesse público de acordo com as pautas legais.

De fato, agir discricionariamente e fazer opções legalmente possíveis; não é agir arbitrariamente.

Nesse sentido, foram indicados os vícios que maculam o ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Esses vícios acham-se definidos no art. 2º da Lei nº 4.717/65, devendo o interessado na nulidade judicial do ato viciado indicar e provar suas máculas, pois o sistema administrativo brasileiro garante a ampla acessibilidade à jurisdição na medida em que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Evidenciou-se, também, que o controle judicial sempre incidirá nos aspectos da legalidade do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, sendo que este para ser legítimo deve subsumir-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, quando violados, legitimam o controle judicial de legalidade.

Vimos que quando o administrador atua com discricionariedade ele se vale da margem de liberdade que lhe delegada, para que decida segundo seus critérios, mas pautado nos princípios administrativos e constitucionais, entre pelo menos duas opções cabíveis perante cada caso concreto, sempre visando ao bem coletivo.

Em síntese, o poder discricionário é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade e proporcionalidade, para cumprir o seu dever de chegar à solução mais adequada e que satisfaça a finalidade pública.

Finalmente, dentro do objetivo proposto neste trabalho de permitir a diferenciação entre o poder discricionário e o mérito administrativo, creio que ambos podem exsurgir claramente das seguintes perguntas, sendo que a primeira delas evidenciará o poder discricionário e a segunda o mérito administrativo: **“Qual a escolha?”** (sua resposta revela o poder discricionário) e **“Por que essa escolha?”** (sua resposta evidencia o mérito administrativo).

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulga-da em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em:10 de jul. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Podium, Florianópolis, 2009, p.50.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O "desvio de poder" na administração pública**. 10. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed.. São Paulo. Malheiros, 1993.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009.