

Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional

Rubia Carolina dos Santos Rodrigues

Resumo

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é permitido quando a Administração Pública transbordar os limites prescritos pelo ordenamento jurídico vigente e desde que a revisão judicial não invada o mérito administrativo, uma vez que o administrador está subordinado ao princípio da legalidade, à finalidade normativa, aos motivos determinantes que levaram à prática do ato administrativo e à causa do mesmo. São esses limites que condicionam a margem de liberdade conferida por lei ao administrador para que este, segundo critérios pessoais e de acordo com a oportunidade e conveniência do ato, possa atingir a finalidade legal. A transgressão a tais limites possibilita a ação do Poder Judiciário no sentido de ajustar a conduta administrativa novamente à lei, havendo uma relação de proporcionalidade entre a discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional, de tal modo que o alcance desse controle em relação aos atos discricionários da Administração não pode ir além da legalidade e da finalidade normativa, sendo vedado ao Judiciário discutir o mérito da decisão.

Palavras-Chave: Discricionariedade administrativa; Desvio de poder; Motivos determinantes; Causa do ato administrativo e controle jurisdicional.

Introdução

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa constitui temática amplamente explorada pelos doutrinadores, vez que a atividade desenvolvida pela Administração tende a ser constantemente questionada nos Estados Democráticos de Direito.

Discricionariedade é a margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre alternativas oferecidas e possíveis, àquela que melhor atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na apreciação da oportunidade e conveniência da edição de um determinado ato, embora devendo sempre observar a lei e a finalidade que esta pretende atingir.

Os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico: são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público de modo a impedir que este se desvie da lei (princípio da legalidade), da finalidade específica prevista no comando normativo (desvio de poder), que fundamente sua conduta

com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada (motivos determinantes) ou que utilize via jurídica incompatível com os pressupostos fáticos ou jurídicos justificadores de sua decisão (causa do ato administrativo).

O controle jurisdicional exercido pelo Judiciário sobre os atos administrativos discricionários não é realizado indistintamente, está adstrito à legalidade, à finalidade específica do ato, à sua 'causa' e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites à discricionariedade, não podendo adentrar no mérito administrativo caracterizado pelo juízo de oportunidade e conveniência aferido subjetivamente pelo administrador.

1 Discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa consiste na margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre as alternativas oferecidas, aquela que melhor atenda ao interesse público específico; tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação.¹

A discricionariedade administrativa, na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a: "faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito".²

A natureza jurídica da discricionariedade administrativa é a vontade própria do administrador erigida pela norma, ou seja, o legislador ao conferir ao agente público o dever

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

de integrar o conteúdo específico, porém abstrato, do comando normativo com sua determinação volitiva, o fez de modo que a vontade do administrador fosse considerada antecipadamente como a vontade legal, sendo inaceitável considerá-la meramente um processo interpretativo.

A atividade discricionária justifica-se pelo fato de o legislador não poder prever todas as ocorrências que possam vir a acontecer no mundo dos fatos, pela impossibilidade de o mesmo fixar o alcance dos conceitos utilizados na linguagem normativa, diante da realidade polifacética das relações humanas e, principalmente por que a “discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”.³

2 Limites à discricionariedade administrativa

Os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico; são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público de modo a impedir que este se desvie da lei, da finalidade específica prevista no comando normativo ou ainda que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada.

A doutrina aponta três teorias que identificam os limites à discricionariedade: a teoria do desvio de poder ou de finalidade, a teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação e a teoria acerca da ‘causa’ do ato administrativo enquanto pressuposto lógico limitativo.

2.1 Teoria do desvio de poder ou de finalidade

A noção de discricionariedade aliada à necessidade de perseguir a finalidade pública conduziu a construção da teoria do desvio de poder, a qual sintetiza a idéia de ser um limite ao resultado almejado pelo agente, pois este deve visar sempre o resultado prático que concretize o fim tutelado na norma legal, que será eminentemente público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ensina que essa teoria é uma das conjecturas elaboradas com o fim de fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar

³ DI PIETRO, 2001. p. 67..

a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário, pois em tese esse não pode invadir a esfera funcional do Poder Executivo. Nesse sentido, analisa que:

[...] 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.⁴

Há no Brasil, além dos conceitos doutrinários, a definição legal de desvio de poder, expressa na lei que trata da ação popular, Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, em seu Art. 2.º, p.u., alínea 'e', que 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".⁵

Estará agindo com desvio de poder o agente administrativo que, ao praticar o ato, não observa o interesse público, ou o pratica afastando-se do objetivo, implícita ou explicitamente, previsto na lei.

De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, existem duas modalidades de desvio de poder. Uma consiste no fato de o agente público, utilizando-se da competência que lhe é outorgada legalmente, agir com vistas a um interesse alheio ao interesse público, com o fim de satisfazer um desejo pessoal, favorecer alguém, ou simplesmente por paixão política ou questão ideológica; outra ocorre quando o administrador público, igualmente investido na competência abstratamente atribuída pela norma jurídica, age visando a atender uma finalidade pública, porém não a finalidade específica relacionada legalmente à competência outorgada.

Quanto a natureza jurídica do desvio de poder existem na doutrina duas teorias que tentam explicá-la. Para grande parte⁷, o desvio de poder é um vício de intenção; para

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 211.

⁵ BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Constituição Federal - Código Civil Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 372.

⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 55; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108; TELLES, Antônio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 79-80.

outros, o desvio de poder não passa de simples vício objetivo, sendo este o posicionamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁸.

O vício de intenção importa em atuação consciente do administrador no sentido de rebelar-se contra a lei, o que conseqüentemente o faz insurgir contra as garantias dos administrados, as quais asseguram não só a adstrição aos fins abstratamente previstos, mas principalmente a sujeição aos meios preliminarmente delineados.

O desvio de poder, no entanto, pode decorrer tanto de uma atuação eivada de má-fé quanto de uma conduta acometida por erro de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser impossível generalizar a afirmação de que o desvio de poder é um vício de intenção e não simples vício objetivo. Para este doutrinador “o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”.⁹

De acordo com esse entendimento, mesmo nos casos em que o agente atuou sem má-fé, sua conduta pode ser alcançada pelo controle jurisdicional exercido pelo Poder Judiciário; e assim deve ser entendido, pois o desvio de poder é senão um dos limites à discricionariedade administrativa. Além disso, no Direito Público a realização do fim almejado prepondera sobre a boa ou má intenção do administrador.

2.2 Teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação

Motivo é o pressuposto fático (conjunto de circunstâncias, de acontecimentos e situações que levam a Administração à prática do ato) e jurídico (dispositivo legal que esboça os contornos do ato) que autoriza ou fundamenta a prática do ato administrativo.

Os motivos podem ou não estar previstos em lei. Quando houver previsão legal do motivo, a atuação do administrador público estará obrigatoriamente vinculada ao motivo alegado para a prática do ato. Já quando inexistir tal previsão poderá escolher a situação fática em vista da qual editará o ato, porém nos limites legais prévia e abstratamente estabelecidos.

Motivação, que não se confunde com o motivo, é conceituada por De Plácido e Silva como:

⁸ MELLO, 2003, p. 839.

⁹ Ibidem.

Justificação ou alegação em que se procura dar as razões por que se fez ou se determinou a feitura de qualquer coisa. Trata-se da apresentação dos 'motivos', que determinam a medida, que provocaram a solução, ou que possam justificar a pretensão.¹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da diferenciação existente entre motivo e motivação, ensina que motivação:

É a 'exposição' dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a 'enunciação da relação de pertinência lógica' entre os fatos ocorridos e os atos praticados.¹¹

No mesmo sentido está o conceito apresentado na obra 'Ato Administrativo e Devido Processo Legal', parte integrante da coleção Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sob a coordenação de Lúcia Valle Figueiredo:

É possível conceituar este instituto como sendo a 'exposição dos motivos dos atos administrativos na qual são enunciados: o fundamento normativo habilitante; o fundamento fático e circunstancial em que o agente se estribou para decidir e, por vezes, necessariamente, a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado, constituindo-se, dessa forma, em instrumento de contenção da autoridade pública e do controle de sua atividade'.¹²

A motivação do ato administrativo é imprescindível para efeitos de permitir uma avaliação da plausibilidade do ato, franqueando aos administrados a possibilidade de conhecer os motivos que levaram a administração a adotar determinada medida no intuito de alcançar as finalidades consignadas implícita ou explicitamente na lei.

É através da motivação do ato administrativo que se pode aferir sobre a existência ou veracidade dos pressupostos de fato declinados pelo administrador, cuja análise e interpretação são necessárias ao correto processo de subsunção da norma ao fato, conferindo, como consequência, ampla transparência à atividade administrativa.

¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 542.

¹¹ MELLO, 2003. p. 366-367.

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2004. p.32.

A teoria dos motivos determinantes preceitua que os motivos que determinaram à vontade do agente, ou seja, que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade¹³ do ato administrativo. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se baseou para praticar determinado ato, ainda que a lei não tenha estabelecido antecipadamente quais os motivos que ensejariam à prática daquele ato específico, este só será válido e, portanto, legal, se os motivos declarados ocorrerem e justificarem o ato praticado.

Contemporaneamente, a motivação dos atos administrativos foi objeto de consideração pelo legislador ordinário que através da edição da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fixou a necessidade de ser observado, dentre outros princípios que enumera, a necessidade de motivação dos atos realizados pela Administração Pública. Com isso, o princípio da motivação, já presente de forma implícita na Constituição Federal, ganhou expressa disposição na legislação ordinária, de maneira que, a Administração não pode furtar-se da obrigação de fundamentar seus atos sob o argumento de que não há menção expressa nesse sentido.

2.3 A 'causa' do ato administrativo: pressuposto lógico limitativo

De acordo com o doutrinador português André Gonçalves Pereira, a 'causa' do ato administrativo "é uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto".¹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello a define como "a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato".¹⁵

A 'causa' do ato administrativo é o vínculo de pertinência entre os pressupostos fáticos e jurídicos que fundamentam determinado ato administrativo e o ato em si, tendo-se sempre em vista a finalidade legal correspondente a este.

'Causa' não se confunde com 'motivo' do ato, uma vez que motivo é o pressuposto de fato ou de direito que fundamenta o ato e causa é a relação entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe firmou como própria.

13 O ato administrativo é válido quando for expedido em absoluta harmonia com os requisitos estabelecidos pela ordem jurídica, visto que a validade é a adequação do ato às exigências normativas.

¹⁴ PEREIRA, 1962 apud MELLO, 2003. p. 373.

¹⁵ MELLO, loc. cit.

Se o agente público se basear em motivos que não mantêm congruência com o ato que praticou, este será viciado, pois a finalidade que se buscava atingir com aquele ato não será devidamente alcançada.

Mesmo quando a lei der liberdade ao administrador para escolher os motivos, estes devem guardar nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada e estarem adstritos à finalidade específica prevista para o ato que pretende praticar.

3 Controle jurisdicional dos atos discricionários

3.1 Controle da discricionariedade pela teoria do desvio de poder

Dentre os elementos ou requisitos do ato administrativo, ou conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, dentre os pressupostos de validade do ato administrativo (pressuposto teleológico), encontra-se a finalidade do ato.

Finalidade ou fim do ato administrativo é a consequência concreta da relação existente entre o valor que a lei pretende realizar e o bem jurídico objetivado pelo ato. Em outros termos, refere-se ao resultado colimado, ao objetivo último a ser alcançado pela Administração Pública, o qual se corporifica, sempre, na satisfação do interesse público.

Para cada finalidade que a Administração Pública almeja atingir existe um ato específico definido em lei (é o que se denomina de tipicidade do ato administrativo¹⁷). E cada um desses atos tem a finalidade em razão da qual a lei o concebeu. O que torna nítida a íntima relação existente entre os princípios da legalidade e da finalidade, ambos norteadores da atividade administrativa.

Pelo princípio da legalidade, a Administração, por exercer função típica infralegal, ou seja, por apenas expedir comandos complementares da lei, deve estrita obediência a esta, mesmo quando estiver diante de atos praticados no exercício de discricionariedade administrativa; sendo que, a inobservância desse preceito enseja fidedigno controle jurisdicional.

Já o princípio da finalidade impõe o dever de alcançar o objetivo previamente delineado na lei, ou seja, impede a Administração de impetrar outro fim que não o trazido

¹⁶ MELLO, 2003. p. 370.

¹⁷ Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve estar sempre em consonância com figuras típicas prévias e abstratamente estabelecidas na lei como aptas a produzir um resultado determinado.

pelo preceito normativo, sendo que, o descumprimento dessa prerrogativa, também confere ao Judiciário o direito de invalidar o ato administrativo.

Se a finalidade que a Administração Pública está obrigada a perquirir é a prevista na norma jurídica, sendo sempre esta uma finalidade que atenda aos anseios da sociedade, observa-se que o legislador já pautou a atuação do administrador no sentido de alcançá-la (limite à discricionariedade). Somado a isso está o fato do agente público, mesmo no exercício de competência discricionária, não poder ultrapassar os limites legais, quer para melhor ou mais rápido atingir o fim que o ato dispõe, quer para satisfazer interesses pessoais. Pela análise das duas premissas, chega-se à síntese de que infringir a finalidade é infringir a legalidade e, portanto, é dar azo a atuação do Poder Judiciário.

A Administração Pública incorrerá em desvio de poder, toda vez que não aderir à finalidade legal prévia e abstratamente instituída. Assim, haverá desvio de poder nos casos em que o administrador atua não visando a qualquer finalidade pública; quando o fim perseguido, apesar de ser eminentemente público, não é o fim específico que a lei determinou àquele ato particular; bem como quando o agente público se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos implementáveis por outra via.

A liberdade, conferida por lei ao administrador, de escolher entre duas ou mais soluções possíveis, deve orientar-se pela finalidade que a mesma lei aspirou, de tal modo que, a discrepância entre o fim almejado e o fim atingido (desvio de poder) autoriza o Poder Judiciário a efetuar o controle do ato viciado.

3.2 Controle da discricionariedade pela teoria dos motivos determinantes

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários também pode ser exercido pelo exame dos motivos que ensejaram a edição do ato ou pelo que preceitua a teoria dos motivos determinantes.

Motivos são as razões pelas quais o órgão administrativo tomou certa decisão, podendo consistir em fundamentos de direito ou em fatos. Exame dos motivos, por sua vez, é a forma de se conhecer os fundamentos fáticos e jurídicos que serviram de suporte à prática do ato, o que se dá mediante a motivação do ato. Motivação é a exposição ou apresentação dos motivos que determinaram certa medida, que provocaram determinada solução, ou que justificaram alguma pretensão, é a narração ou descrição dos fundamentos

que ensejaram a prática do ato administrativo. Teoria dos motivos determinantes é a doutrina pela qual só podem ser considerados válidos os motivos que efetivamente ocorrerem e desde que verdadeiramente justifiquem a conduta do administrador ao editar o ato administrativo.

A motivação dos atos administrativos, além de ser indispensável, deve ser congruente e exata. Congruente porque, sendo uma exposição dos motivos, deve trazê-los como premissas donde se possa extrair de maneira lógica a conclusão, que nada mais é que a decisão administrativa acerca da edição do ato. Exata porque as razões de direito devem corresponder fielmente aos textos de lei invocados e os fatos devem ser necessariamente verdadeiros.

Se inexistir motivação quando esta é imprescindível, se a motivação não corresponder aos motivos alegados, ou ainda se estes inexistirem ou não justificarem a atuação da Administração Pública, estar-se-á diante de uma situação passível de revisão judicial, pois se qualquer dessas situações ocorrerem, a conduta administrativa não estará amparada pela lei e nem pautada na finalidade abstratamente prevista na norma e, assim sendo, haverá afronta ao princípio da legalidade e, conseqüentemente controle jurisdicional.

Caio Tácito, eminente jurista que entende ser cabível ao Judiciário a apreciação tanto da realidade quanto da legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração, explica que:

‘Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio do Direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo’.¹⁸

Assevera o mesmo autor:

Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco’.¹⁹

E ainda:

¹⁸ TÁCITO apud MELLO, 2003. p. 836.

¹⁹ Idem. p. 837.

'As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado'.²⁰

O exame dos motivos, tanto em relação à sua subsistência quanto no tocante à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado, é meio apto à contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assistir.

Ao tratar do exame dos motivos como meio hábil a ensejar o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.²¹

Tanto a teoria dos 'motivos determinantes' como a 'teoria do desvio de poder' se pautam no fim que o ato deve alcançar, não somente um fim público, mas o fim delimitado abstratamente na norma jurídica. A inobservância desse fim, quer seja por inexistência ou inidoneidade dos motivos alegados, quer seja por ausência de correspondência entre estes e os realmente expostos (motivação), é causa suficiente para a realização do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários praticados com tal razão.

3.3 Controle da discricionariedade pela 'causa' do ato administrativo

Discricionária é a atividade administrativa cujo mérito possa ser deferido à livre apreciação do administrador, ao menos quanto a determinados elementos, como o objeto ou conteúdo e o motivo do ato.

Mérito é o juízo de conveniência e oportunidade, aferido subjetivamente pelo administrador com fim de integrar o preceito normativo que possibilitou ou exigiu o exercício da discricionariedade no intuito de alcançar a finalidade abstratamente proposta pela norma jurídica. Conteúdo é a disposição jurídica expressada pelo ato. Motivo é o

²⁰ Ibidem.

²¹ MELLO, 2003. p. 837.

pressuposto de fato e de direito, que autoriza ou fundamenta a prática do ato administrativo e 'causa' é a correlação lógica existente entre o motivo e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica deste. Dessa maneira, chega-se à conclusão que a 'causa' do ato administrativo é um dos limites à discricionariedade administrativa e, caso não seja observada, enseja o controle jurisdicional do ato maculado.

É através da 'causa' que se pode examinar se os motivos em que se baseou o agente, ainda que não previstos na norma jurídica, possuem nexos lógicos de correlação com a decisão tomada diante da finalidade que se pretende atender. Deve haver uma relação de pertinência entre a situação empírica (pressuposto de fato) e o ato em si, de modo a permitir que a finalidade normativa visada pelo ato seja atingida. Não estando presente esta pertinência, a finalidade alcançada é inválida e, conseqüentemente, o ato administrativo que a concretizou. Sabendo que o desvirtuamento da finalidade legal é uma ilegalidade e que o Poder Judiciário tem a função de corrigi-la, incumbe a este o controle do ato administrativo eivado de nulidade.

Registre-se que é por meio do exame da 'causa' do ato administrativo, assim como pelas outras formas acima descritas, que se impõem limites à atuação discricionária, consentida, em alguns casos, ao agente público e, é com base nesses limites que se deve buscar resguardar os direitos constitucionalmente previstos a cada cidadão.

Conclusão

Discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade conferida por lei ao administrador público para que este edite determinado ato administrativo de acordo com critérios pessoais e subjetivos abalizados na conveniência e oportunidade (mérito administrativo) a fim de atingir a finalidade específica prevista na norma jurídica.

O exercício da atividade discricionária não é despótico ou arbitrário, uma vez que todas as atividades da Administração Pública são subordinadas ao princípio da legalidade e à satisfação do interesse público. Assim, mesmo quando o administrador público agir discricionariamente pelo fato de o comando normativo não especificar a conduta a ser adotada no caso concreto, ou seja, não haver vinculação, deverá obedecer à lei e à finalidade que esta pretende alcançar.

Existe uma íntima relação entre os limites à discricionariedade e o controle exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que este é cabível quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos no comando legal e, é inoportuno quando estiver pautada em juízo subjetivo de conveniência e oportunidade antevisto pela norma habilitante em questão.

A liberdade conferida por lei ao administrador, de escolher entre duas ou mais soluções possíveis, deve orientar-se pela finalidade que a mesma lei aspirou, de tal modo que a não correlação entre o fim almejado e o fim alcançado, o denominado desvio de poder, autoriza o Poder Judiciário a efetuar o controle do ato viciado.

Outro limite à discricionariedade é a teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação. Essa baliza da discricionariedade, além de exigir a exposição dos pressupostos fáticos e jurídicos que fundamentaram a edição do ato e a persecução da finalidade prevista na norma jurídica, considera válidos somente os motivos que efetivamente ocorreram e que verdadeiramente justificaram a conduta do administrador. Portanto, a inobservância do fim legal, quer seja por inexistência ou inidoneidade dos motivos alegados, quer seja por ausência de correspondência entre estes e os realmente expostos é causa suficiente para a realização do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários praticados com tal razão.

O controle jurisdicional também pode ser exercido pela apreciação da 'causa' do ato administrativo, pois é através desta que se pode examinar se os motivos em que se baseou o agente possuem nexos lógicos de correlação com a decisão tomada diante da finalidade que se pretende atender. Assim, não estando presente este nexo, a finalidade alcançada é inválida e ilegal e, conseqüentemente, o ato administrativo que a concretizou.

Sendo assim, incumbe ao Poder Judiciário corrigir a ilegalidade mediante a revisão do ato administrativo eivado de nulidade.

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública não invade o mérito administrativo, não afronta o princípio da separação dos poderes ou contesta a ordem jurídica vigente, pelo contrário, além de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do homem, uma vez que tem por função precípua impedir que a Administração ultrapasse os limites da lei, que evada de seus objetivos ou ofenda os interesses individuais ou coletivos.

Referências

ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Disponível em: < <http://www.pgj.ce.gov.br> > Acesso em: 21 jan. 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. (*Constituição 1988*). Constituição Federal, Código Civil (2002/1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e Legislação Complementar. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Lei n.º 4.717 de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Constituição Federal - Código Civil - Código de Processo Civil.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Constituição Federal, Código Civil (2002/1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e Legislação Complementar. São Paulo: Manole, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR. *Estudos de Direito Administrativo – Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo: em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LUCIAN, Juliana Balbinot. *A Discricionariedade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Maria Cuervo; CERQUINHO, Vaz. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

