

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Ulisses Fernandes Silva
Advogado da União,
Assessor Jurídico

Cristiane Souza Fernandes Curto
Advogado da União

1 INTRODUÇÃO

A concepção do conceito de poder conferido ao administrador público deve encontrar-se estritamente ligada à noção de controle. Tal faz-se obrigatório ainda em face do Estado Democrático de Direito, haja vista a real necessidade de prevalência do interesse público sobre o particular. No caminho da limitação deve trilhar o ato administrativo, pois o administrador exerce tão somente a detenção dos bens que governa, posto que não possa deles dispor, fazendo prevalecer seus interesses pessoais. O objetivo primordial da atividade administrativa é a busca pela concretização do interesse público e do bem comum.

Assim, para a boa consecução do fim público são delegadas funções ao administrador. Alguns atos são cercados de limitações legais estreitas e rígidas (atos administrativos vinculados). Outros possuem certa margem de liberdade e discricião, igualmente conferida pela lei (atos administrativos discricionários).

Porém, ao analisarmos a liberdade inerente ao ato administrativo discricionário verificamos que ela não é desvinculada do já mencionado interesse público. Assim como o ato administrativo vinculado, o ato discricionário deve obedecer aos ditames legais e, ainda mais, demonstrar concretamente proporcionalidade e íntima ligação com os anseios públicos.

2 O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Com a Constituição da República de 1988 veio a lume uma série de conceitos ligados ao Princípio da Legalidade. Dentre eles, aqueles que envolvem a Administração Pública, haja vista que o administrador somente pode exercer o que estiver em conformidade com a Lei.

Este é o cerne da teoria dos freios e contrapesos, que trouxe a ideia de que o poder público deve conviver com limitações e ser controlado pelo próprio poder¹.

1 Apesar de a teoria dos freios e contrapesos não configurar mais aquela rigidez remota. A ampliação das atividades estatais impôs nova visão à teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e destes com o judiciário, tanto que José Afonso da Silva prefere falar em colaboração de poderes.

Contudo, a lei não pode prever todas as situações fáticas com que o administrador irá se deparar. Assim, torna-se imperiosa a delegação de competência ao agente público para promover um juízo particular de escolha sobre determinados assuntos.

Insta salientar que em atendimento aos princípios constitucionais os atos discricionários não entregam ao administrador uma liberdade absoluta de agir. Não é possível uma desvinculação do fim legal, que é o termo que a lei explícita ou implicitamente busca alcançar.

Neste ponto, é elucidativa a visão de Luiz Roberto Barroso:

A discricionariedade é, portanto, serva do interesse público e um instrumento para melhor atender à finalidade pública estabelecida na lei que confere à Administração a competência discricionária. (BARROSO, 2003, p. 363).

De outro passo, boa parte da abalizada doutrina entende que a discricionariedade administrativa deve encontrar-se atrelada ao conceito de interpretação da norma jurídica. Nesse viés, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade como:

A adoção de uma ou outra solução feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma, a finalidade, a lei impõe limitações. Daí se diz que a discricionariedade implica a liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei (DI PIETRO, 2005, p. 205)

Assim, é de se concluir que, apesar de tênues divergências entre as correntes doutrinárias, ambas defendem que, dentro do conceito atual, a discricionariedade encontra-se atrelada à autonomia do Administrador Público para exercer a função de escolher em uma situação concreta, dentro dos limites estabelecidos legalmente, a melhor opção a ser seguida para que o interesse público seja privilegiado.

Na chamada competência vinculada, a legislação já delineou de maneira detalhada o caminho que o administrador deve trilhar. Já na competência discricionária, a própria lei admite para a solução de um mesmo caso concreto mais de uma solução possível. A decisão a ser tomada pelo administrador estará circunscrita ao juízo de conveniência e oportunidade.

Portanto, a decisão tomada na margem da competência discricionária não depende tão somente de uma pura e simples análise do ajuste da norma abstrata ao caso concreto, mas sim de uma série de outros fatores ligados à idéia original dos conceitos de conveniência e oportunidade administrativas.

Para fechar este viés conceitual, frise-se que uma definição, à primeira vista alargada da liberdade discricionária, não significa admitir a ausência completa de controle aos atos administrativos exercidos sob seu pálio, sob pena de admitirem-se brechas e legalizarmos atos favoráveis aos interesses puramente particulares em detrimento dos públicos.

3 DA NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO AO ATO DISCRICIONÁRIO

Para garantir que a decisão administrativa tomada sobre o pálio da discricionariedade ajustar-se-á perfeitamente à situação concreta, além da coerência entre a esta decisão e a finalidade pública albergada em lei, é indispensável a observância aos princípios constitucionais, em especial os da proporcionalidade e razoabilidade.

Nessemesmodiapasão, instasalientaraconsagraçãoconstitucional dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência, que superam a abrangência da simples legalidade formal. A análise do próprio art. 37, *caput*, da Lei Maior permite deduzir que as considerações a respeito da moralidade e eficiência das condutas administrativas extrapolam, em muito, as ponderações em torno de sua legalidade, o que, na prática, aperfeiçoou o nosso sistema de controle da atividade discricionária.

Portanto, a barreira relativa ao controle do mérito administrativo que antes parecia inexpurgável, pouco a pouco começa a tornar-se mais transponível, posto que a legalidade, moralidade e eficiência dos atos administrativos devem ser controladas. E este controle pode ser interno ou externo, a depender do órgão que o realiza e ainda, prévio,

concomitante ou subsequente, segundo o momento em que é ou será realizado.

O controle interno é o efetuado no âmbito da própria Administração. Destarte, qualquer controle efetivado pela entidade ou órgão responsável pela atividade sobre seus serviços ou agentes é considerado interno. A Constituição Federal de 1988 estabelece que os três poderes de Estado possuam sistema de controle interno de forma integrada. Este é o primeiro momento para a fiscalização dos limites da discricionariedade dos atos.

Desta feita, as irregularidades observadas ainda na esfera interna devem ser, de pronto, corrigidas pelo próprio responsável e, inclusive, levadas ao conhecimento do Tribunal de Contas da União², que é um dos órgãos que exerce o controle externo do ato.

Além disso, o Poder Judiciário, quando provocado, igualmente poderá aferir a solução adotada pelo administrador na prática do ato administrativo discricionário, de acordo com as balizas legais.

Há que se ressaltar que a *Lex Fundamentalis* inovou ao criar novas formas deveras eficientes de controles institucionais dos atos administrativos, conforme apregoa Alice Gonzalez Borges³:

Temos o aperfeiçoamento dos controles efetuados pelos Tribunais de Contas em dimensão nunca dantes alcançada. Temos o extraordinário papel conferido ao Legislativo para o exercício permanente da vigilância sobre os atos da Administração, expressa na atuação soberana das comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, §3º). Temos as inusitadas atribuições conferidas à comissão mista permanente, prevista no art. 166, para examinar o próprio mérito das diretrizes orçamentárias e dos planos e programas do Governo. Temos, ainda, o aperfeiçoamento e a criação de novos e mais eficazes remédios judiciais em defesa dos direitos e garantias dos cidadãos.

2 Sob pena de responsabilidade solidária, conforme letra expressa dos artigos 74, *caput*, e 1º da Constituição da República de 1988.

3 BORGES, Alice Gonzalez. **O controle jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, n.162, Rio de Janeiro: FGV, abril-junho, 1993, p. 49-60

Como instrumentos impulsionadores de toda essa indispensável ação dos poderes estatais, a Constituição institucionalizou, de várias formas, e perante os três poderes, o controle participativo dos cidadãos, de um lado; de outro, as novas exclusivas funções do Ministério Público, como *custos legis* e porta-voz atuante e independente dos interesses da sociedade civil.

Mas de nada valerão a Constituição e as leis, nem os mais nobres e esclarecidos propósitos de todos os setores convocados para tão nobre missão, se não tiverem a respaldá-los a atuação efetiva de um Poder Judiciário forte, independente, e, sobretudo, eficiente.

Que é imprescindível à plena realização dos ideais do estado de Direito, o aperfeiçoamento dos controles judiciais sobre os atos da Administração Pública, sempre assim se entendeu (Borges, 1993, p. 50).

4 CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

A maior parte da doutrina defende a impossibilidade de qualquer espécie de controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Para tanto é comumente levantado como obstáculo a impossibilidade de ingerência de um poder sobre o outro.

Nesse sentido, temos o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes” E está de todo acertado esse fundamento; se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.” (CARVALHO, 2005, p. 101)

[Na mesma linha, já ponderou o Superior Tribunal de Justiça:]

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO

DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes.

Segurança denegada.

(STJ-MS 12.629/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 24/09/2007 p. 244)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

- Recurso ordinário desprovido. (STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272)

Em regra, somente o administrador, em contato com a realidade, poderá identificar casos de finalidade e utilidade públicas ou de bem comum, e escolher excelentemente qual deve ser a *priori* atendido.

Entretanto, pode o ato discricionário sofrer controle judicial, haja vista a necessidade de controle quanto ao fim público que deve alcançar. Por conta do próprio princípio da legalidade, a autoridade judiciária poderá concluir que, a despeito de fazer uso de competência discricionária, a decisão tomada não foi a que melhor se ajustava ao escopo legal.

Assim, os atos emanados da competência discricionária devem

estar atrelados a uma escuridão e indubitável motivação, considerando a liberdade inerente à sua prática. Esta motivação precisa atender aos princípios basilares do Direito Administrativo, dentre os quais a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Desta feita, enaltecendo os princípios constitucionais é de se defender a corrente atual da jurisprudência que permite ao magistrado a perquirição da motivação, da causa e mesmo da finalidade do ato administrativo atacado em juízo. Isso não significa afirmar que o Poder Judiciário usurpará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida. Mas essa conveniência e oportunidade devem sujeitar-se à legalidade, considerada em seu sentido mais amplo.

No mesmo sentido, conclui o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricionariedade, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecilho existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (MELLO, 2004, p. 389).

Atento às novas tendências doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem dado nova face aos julgados que tratam do tema. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). Grifamos.

O supramencionado julgado é um marco que anunciou o rompimento de paradigmas que antes eram tomados como verdade absoluta. A Ministra Eliana Calmon em um lampejo da genialidade que lhe é peculiar, assim se pronunciou:

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço este gerado pela discricionariedade, chamada de “Cavalo de Tróia”, pelo alemão Huber, transcrito em “Direito Administrativo em Evolução”, de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-los. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área do controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Insta salientar que, a despeito da amplitude grandiosa conferida pela nobre julgadora à possibilidade de controle do ato administrativo,

a ideia de fundo posta no julgado não pode ser afastada. Ora, é cediço que dentro da margem de discricionariedade da Administração Pública podem ocorrer atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Nessa perspectiva, é importantíssima a análise dos motivos, em cada caso concreto, que poderá permitir a verificação da correspondência do ato atacado com os princípios que regem a atividade administrativa.

Portanto, correta a nosso ver é a tendência atual que prevê a possibilidade de abertura de brecha, ainda que tênue, para a análise da discricionariedade do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Haja vista que a oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser concebidos de modo afastado dos princípios constitucionais, que funcionam como critérios objetivos da legalidade do ato e devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público. O poder discricionário encontra limites não apenas na finalidade legal da norma que o instituiu, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais.

Trazemos à baila, por fim, um interessante precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, textualmente:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia - art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

(STF, Primeira Turma, RMS 24699 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 01-07-2005 PP-00056, EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183)

O nobre Ministro Eros Roberto Grau, no voto prolatado, traz a lume brilhantes linhas. Vejamos os seguintes excertos:

3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, xxxv, CB/88)

5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a

ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado (Meu “O direito posto e o direito pressuposto”, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, págs. 191 e ss.), a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão *à margem da lei*, porque *à lei* é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. Nesse sentido, excerto da ementa constante do MS 20.999/DF, Celso de Mello, DJ de 25/5/90:

“O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar

legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar.”

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. “*Indeterminado*” o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma*, entre *várias interpretações possíveis*, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

11. Como a atividade da Administração é *infraregal administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se o *ato é correto*. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, *qual o ato correto*.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” [*vale dizer, noções*], inexistente *uma interpretação verdadeira* [*única correta*]; a única interpretação correta - que haveria, então, de ser *exata* - é *objetivamente incognoscível* (*é, in concreto, incognoscível*). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato, porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina à *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo. (grifos no original).

5 CONCLUSÃO

Após a análise da atual posição da jurisprudência pátria, arraigada no brilhantismo dos supracitados votos, não há mais espaço para a defesa de corrente outra que não aquela que apoia a liberdade regrada do ato administrativo discricionário, face à necessidade de observância, dentre outros, dos princípios constitucionais da proporcionalidade,

razoabilidade, moralidade e eficiência que devem encontrar lugar na motivação do ato pelo administrador.

Ulisses Fernandes Silva

Advogado da União/Assessor Jurídico

Cristiane Souza Fernandes Curto

Advogada da União

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Limites ao Controle Judicial da Administração: A discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In: Direito Processual Público*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, São Paulo: Renovar, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. O controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.162, Rio de Janeiro: FGV, abril-junho, 1993, p. 49-60

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder, *apud* **Judiciários**, Rio de Janeiro: Forense, 1979,

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993,

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração**. São Paulo: Dialética, 1999.