

ESCOLA DE FORMAÇÃO

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da Administração Pública: uma releitura do controle dos atos administrativos discricionários

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2008.

Autora: Andressa Lin Fidelis
Orientador: Rodrigo Pagani de Souza

Banca examinadora:

Rodrigo Pagani
Fernanda Terrazas

São Paulo
2008

Resumo: O enfoque deste trabalho está nas mudanças pelas quais o controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública vem passando. Posto de outra forma, o trabalho objetiva demonstrar quais foram e quais vêm sendo os fundamentos que constroem a argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando o assunto em pauta é o controle dos atos administrativos, e, por via de consequência, visa também apontar os desdobramentos deste controle para a revisão judicial da competência discricionária da Administração Pública. Temas como a motivação e a análise do mérito são, por vezes, tratados de maneira inócua pela doutrina quando contrastados com o modo de decidir do Supremo. Justamente por perceber que construções teóricas sobre o tema nem sempre dialogam com o direito produzido na realidade de trabalho do STF, quando da análise de casos concretos, esse trabalho se propõe a ser empírico, de forma que a análise dos julgados sirva para mapear o sentido da jurisprudência do Supremo quando se trata do controle dos atos discricionários da Administração Pública.

Palavras-chave:

Controle judicial; ato administrativo; discricionariedade; razoabilidade; proporcionalidade.

Índice

1. Introdução.....	4
1.1 . Delimitação da pesquisa.....	6
2. Desenvolvimento do trabalho	
2.1. Metodologia.	8
3. Atos Discricionários da Administração Pública	
3.1 . Conceituações.....	13
3.2 . Pressupostos de Validade do Ato.....	15
3.3 . Formas de retirada do ato.....	17
3.4 . Breve histórico sobre a percepção da discricionariedade administrativa.....	17
3.5 . Problemática.....	18
4. Panorama Jurisprudencial	
4.1 . Legalidade.....	21
4.2 . Motivação.....	24
4.3 . Finalidade.....	26
4.4 . Limites ao controle	31
5. Competência Discricionária em três casos específicos	
5.1 . O controle dos atos administrativos discricionários envolvendo políticas fiscais...34	
5.2 . Considerações acerca da Súmula Vinculante nº 13.....	38
5.3 . Discricionariedade e política pública no RE-AgR 410.715.....	42
6. Comparação entre julgados.....	46
7. Conclusão.....	50
8. Bibliografia citada.....	55
9. Acórdãos citados.....	56

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal está paulatinamente tomando posse de seu *locus* como verdadeira Corte Constitucional. As decisões do Supremo provocam cada vez mais impacto tanto no âmbito público quanto no espaço privado: a judicialização das questões políticas, econômicas e sociais torna o Judiciário arena indeclinável para as disputas que permeiam tais esferas. As decisões do órgão de cúpula do Judiciário podem ser encontradas freqüentemente na mídia, interessada na relevância dos temas tratados. Com esse novo perfil, até um dos temas mais clássicos do Direito Administrativo, como o controle dos atos discricionários da Administração Pública, provoca tratamento renovado.

Justamente por se tratar de tema clássico, muitos doutrinadores já se debruçaram sobre o controle dos atos administrativos, construindo classificações das mais extensas às mais condensadas; defendendo posições variadas para a atuação judicial. De modo geral e bastante simplificado, é possível distinguir na doutrina tanto a defesa do Judiciário como detentor inequívoco da última palavra, pois sempre a situação comportará revisão judicial; como posições mais flexíveis, que enxergam, por meio da separação de poderes, muito mais espaço para a atuação do Executivo.

Em que pese todo o empenho doutrinário sobre a questão, que só vem a agregar mais perspectivas ao tema, o interesse dessa pesquisa não está pautado em acompanhar um ou outro doutrinador, escolher uma tese, ou optar por uma classificação. Diferentemente, por perceber que construções teóricas sobre o tema nem sempre dialogam com o direito produzido na realidade de trabalho do STF, quando da análise de casos concretos, esse trabalho se propõe a ser empírico, de forma que a análise dos julgados sirva para mapear o sentido da jurisprudência do Supremo quando se trata do controle dos atos discricionários da Administração Pública.

A pergunta que se coloca para os fins a que se propõe este trabalho é como se dá efetivamente esse controle, ou seja, quais os parâmetros empregados pelo STF para controlar atos discricionários e qual a constância desses parâmetros. Será pelo estudo da jurisprudência do Supremo que o limite e alcance desse controle serão delimitados. Esse trabalho não se compromete a encontrar uma solução definitiva para o tema, tão

controverso, nem tem a presunção de apontar o ponto exato até o qual deve ir o Judiciário na busca desse controle. No entanto, ao buscar a(s) forma(s) de decidir do Supremo, pretende-se facilitar a compreensão da matéria e, conseqüentemente, potencializar as chances de encontrar uma *prudência*¹ de decidir, assim entendida pela decisão mais racional e justa, que, acredito não poder estar confinada apenas à esfera de interesses de juristas e operadores do direito, ou ainda, limitada a certa dogmática jurídica, mas que certamente divide sua fonte entre o debate jurídico e as forças políticas e econômicas que envolvem a questão.

Não poderia ser diferente, pois o principal objeto de análise do Supremo quando o que está em pauta é a atuação da Administração Pública são questões governamentais. Na interação entre os atores políticos com poder decisório – e o STF tem um papel político² que é inegável – em prol das questões governamentais, é interessante observar que as razões principais que movem um Poder são bastante distintas das que influenciam outro. Assim, a Administração Pública age na conjuntura, baliza-se pela eficácia e desde que não contrariem a normatividade constitucional, as políticas realizadas podem ter, sem maiores problemas, caráter controverso.

Diferentemente, o Poder Judiciário não age baseando-se, precipuamente, em fatores como eficácia ou motivado pela conjuntura, mas age aplicando o direito, com pretensões de constância e uniformidade. Com uma razão de decidir tão distinta da que

¹ Prudência no sentido que sugere Eros Roberto Grau, **O direito posto e o direito pressuposto**, Malheiros Editores, 1996, p. 150: “Desejo ainda, neste ponto, observar que a afirmação de que os conceitos jurídicos são signos de significação determinadas não contradiz aquela outra, na qual sustento inexistirem, no âmbito do direito, soluções exatas – uma para cada caso – porém, sempre, para cada caso, um elenco de soluções corretas. Não conflita, a primeira, com a evidência de que a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência.”

² Para melhor entender o que se quer dizer com o papel político do STF, vale trazer o entendimento de Maria Tereza Aina Sadek, que, em artigo ao Estão de S. Paulo, afirma: “Quer agindo de forma conservadora quer de forma progressista é inegável o papel político do Judiciário. O desempenho desse papel está fortemente condicionado pelo desenho institucional da corte constitucional, mas também por características de seus integrantes. O perfil de seus ministros faz diferença”. Vale também trazer a baila a própria visão do Ministro Nelson Jobim, na ADI 2591, página 12, que, ao se pronunciar sobre a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras, deixa claro que o papel decisório da Corte vai além da técnica jurídica ao proclamar que “o regime jurídico aplicado aos bancos e ao Sistema Financeiro Nacional é tema demasiadamente sensível do ponto de vista econômico, político e social para ficar restrito a uma previsão constitucional de tom mais analítico”.

possui a Administração Pública, como é possível a interação entre essas duas instituições? É possível que ao apreciar um ato administrativo movido por questões de oportunidade e conveniência o Judiciário não se volte para a complexidade - que não é apenas jurídica- do caso concreto?

1.1 Delimitação da Pesquisa

O enfoque deste trabalho está nas mudanças pelas quais o controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública vem passando. A mudança no entendimento de qual seja o papel da Corte frente aos demais Poderes do Estado muito influencia na sua forma de decidir, de modo que é possível acompanhar essas mudanças e interessante perceber suas causas.

Uma das questões a serem respondidas ao longo do trabalho versa sobre a possibilidade de constatar se está havendo uma mudança no modo de julgar da Corte para o tema em questão, ou seja, se as decisões são decisões estritamente legais, ou até que ponto é possível observar também o acréscimo do elemento político e seus desdobramentos, assim verificados num papel mais, ou menos ativo³ do Judiciário.

Posto de outra forma, o trabalho objetiva demonstrar quais foram e quais vêm sendo os fundamentos que constroem a argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando o assunto em pauta é o controle dos atos administrativos discricionários.

³ Roberto Barroso, em entrevista ao Consultor Jurídico sobre os 20 anos de Constituição afirma que “Na medida em que o assunto está na Constituição, ele sai da esfera política, da deliberação parlamentar, e se torna matéria de interpretação judicial. Então, em uma primeira abordagem, a Constituição de 88 contribui sim para que o Judiciário tenha um papel muito mais ativo na vida do país. Mas há um segundo motivo para isso. O atual sistema político brasileiro levou a um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Há algumas demandas da sociedade que não são atendidas a tempo pelo Congresso Nacional. E o que acontece? Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandiu. Aqui penso ser oportuno fazer uma distinção entre judicialização e ativismo judicial, que são idéias que estão próximas, mas não se confundem. Judicialização é um fato, que identifica a circunstância de que muitas questões que antes eram próprias da política passaram a ser decididas pelo Judiciário, foram transformadas em pretensões veiculadas perante juízes e tribunais. O ativismo é uma atitude, que identifica uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo no seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas.”

Com este intuito, a pesquisa está dividida em 8 Capítulos, os quais: Cap. I, “Introdução” e a delimitação do tema; Cap. II, “Desenvolvimento da Pesquisa”, o qual trata da produção do trabalho e dos métodos de pesquisa empregados; Cap. III, “Atos Discricionários da Administração Pública”, que tem a finalidade de fornecer os conceitos utilizados para melhor compreender a problemática do trabalho; Cap. IV, “Panorama Jurisprudencial”, no qual serão apresentadas as pesquisas jurisprudenciais sobre o tema do controle do ato administrativo discricionário, com foco nos seus pressupostos de validade; Cap. V “Competência discricionária em três casos específicos” (incluindo os julgados sobre política fiscal, a súmula do nepotismo e o RE-AgR 410.715), ponto central do trabalho, no qual é possível estabelecer relações mais contrastantes entre as formas de controle empregadas; Cap. VI, “Comparação dos julgados”; Cap. VII “Conclusão”; e, por fim, Cap. VIII, “Bibliografia e Acórdãos utilizados”.

2. Desenvolvimento do Trabalho

2.1 Metodologia

Com o intuito de delimitar como se dá o controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública foi necessário, além de um estudo doutrinário, um exame atento dos julgados presentes no site do STF. O estudo da doutrina foi de suma importância, na medida em que forneceu parâmetros e critérios para melhor compreensão do estudo jurisprudencial. Exemplificando, saber quais são os requisitos gerais do ato administrativo⁴ é necessário para que seja possível apontar quais são os utilizados e quais são afastados quando do ato de revisão judicial ao longo da jurisprudência do Supremo.

O campo de pesquisa é bastante grande: de acordo com as estatísticas do STF, o ramo do Direito Administrativo, juntamente com outras matérias de Direito Público, lidera o *rank* de processos autuados por ramo de Direito com 13.071 processos, que correspondem a 25,04% da totalidade dos processos no ano de 2008. É dentro dessa grande área que se encontram as decisões a respeito do controle dos atos discricionários administrativos.

O recorte temporal dado a presente pesquisa é delimitado, basicamente, pela ferramenta de busca de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), de modo que as decisões lá apresentadas, datando as mais antigas da década de 1960, serão aqui analisadas. A busca de acordes findou no mês de outubro deste ano, 2008. Tal recorte se justifica já que o objetivo deste trabalho é justamente o de acompanhar a jurisprudência do STF, buscando por mudanças no tratamento do tema. Convém destacar que a teoria dos atos administrativos e seu respectivo controle é fruto, essencialmente, de construção jurisprudencial.

Foram centenas de processos apresentados pelo site apenas na busca por “atos discricionários administrativos” e variantes. O universo de acórdãos disponíveis trouxe

⁴ Sendo que tais requisitos abarcam os pressupostos de validade, os de existência, os objetivos, os lógicos e os teleológicos, como sugerido na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu curso de Direito Administrativo, pag. 387 a 404.

uma primeira dificuldade: como identificar as decisões realmente relevantes, que possam mostrar verdadeiras *ratios* e possibilitar maior densidade na conclusão? Para que haja maior transparência no presente trabalho, penso imprescindível destacar que a tarefa de analisar acórdãos não é similar ao manejo de dados matemáticos ou puramente objetivos, e que para alcançar o significado das decisões, invariavelmente existirá a necessidade de interpretação dos dados, e conseqüentemente, de subjetivá-los, em certa medida.

Nesse ponto, decidi ler a parte metodológica de outros trabalhos que tiveram como objeto de pesquisa o site do Supremo Tribunal Federal, especialmente as monografias dos ex-alunos da Escola de Formação. Foi uma grande ajuda para o desentrelaçamento da pesquisa quando encontrei um trabalho de 2007 de autoria da aluna Marina de Santana Souza, cuja monografia tem como título “A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF”.

O trabalho supracitado, tal qual o presente, também cuida da análise do controle dos atos discricionários administrativos. Todavia, a pesquisadora restringiu sua análise às decisões que tinham como denominador comum a matéria dos citados tributos, para que, dessa forma, ao trabalhar com um campo restrito de decisões (14 acórdãos ao total), pudesse se extrair uma conclusão sustentável e que, por um raciocínio indutivo, aplicasse-se às demais matérias que envolvessem o controle dos atos discricionários administrativos.

Isso posto, oportuno salientar que este trabalho se propõe inclusive a atualizar a citada pesquisa: não se restringindo aos acórdãos que tratam dos tributos, mas a análise será feita observando o controle também em outras matérias de atos administrativos, comparando as conclusões já existentes para a matéria tributária, que serão aqui resgatadas e analisadas, com as que esta pesquisa alcançar, relativas a outros temas.

A comparação em muito contribuirá para este trabalho, pois auxiliará a observar se houve ou não constância nas argumentações realizadas e verificar a possibilidade de se extrair um entendimento uniforme de quais são os limites do controle judicial de atos discricionários administrativos.

Para chegar às decisões que aqui serão analisadas, a busca se dividiu em basicamente duas fases: na primeira me socorri do trabalho citado, vez que a pesquisadora já tinha elaborado uma extensa tabela contendo (i) Ano de julgamento da ação; (ii) Tipo de ação; (iii) N.º do Processo; (iv) Ministro Relator; (v) Procedência; (vi) Órgão julgador; (v) Votação; (vi) Espécie do ato administrativo de que trata a ação; (vii) Órgão do qual emanou o ato; (viii) Interesse potencial para a pesquisa qualitativa; e (ix) Observações. A tabela continha 338 casos, dos quais, a pesquisadora selecionou 44 decisões, que julgou realmente tratar do tema controle de atos discricionários.

Vale transcrever o quadro com 445 resultados, dos quais, após serem retirados os repetidos, chegou-se aos 338 já citados:

Combinação dos Termos	Casos encontrados
Revisão e Atos e Administrativos	111
Revisão Prox10 Ato Adj2 Administrativo	22
Revisão e Atos e Administração	157
Revisão Prox10 Ato e Administração	28
Motivação e Ato e Administrativo e Revisão	40
Motivação e Atos e Administrativos e Revisão	1
Revisão e Atos e Administrativos e Discricionários	3
Revisão e Ato e Administrativo e Discricionário	25
Revisão e Atos e Administrativos e Discricionariedade	10
Revisão e Ato e Administrativo e Discricionariedade	20
Ato e discricionário e conveniência e oportunidade	28
Atos e discricionários e conveniência e oportunidade	0

Utilizei-me da tabela com os 338 casos, focando, inicialmente, nos 44 casos selecionados por ela como de maior interesse para a pesquisa construindo minha própria tabela. Nessa segunda fase, lendo o inteiro teor dos 44 acórdãos e, feitas novas buscas por acórdãos pertinentes ao tema do controle pela leitura da ementa, selecionei os que realmente fossem de interesse da pesquisa – assim entendidos os acórdãos nos quais as questões do controle, do mérito, as que versavam sobre discricionariedade, ou seja, todas as decisões que pudessem ajudar a construir os limites dados pelo Judiciário à atuação da Administração Pública –, acrescentando decisões do segundo semestre de 2007 até setembro do ano de 2008, a fim de montar minha própria tabela de julgados.

[Digite texto]

Foram utilizadas todas as combinações de verbetes e conectivos que pude imaginar (ex.: “Atos **Adj2** Administrativos e Discricionários”). Também constam da tabela decisões sobre controle de atos administrativos que envolviam competência discricionária, comentadas em sala de aula, ou ainda, lidas em jornais.

Muito embora eu tenha analisado o inteiro teor de todos os julgados relativos ao tema que pude encontrar, estou certa de que muitos julgados pertinentes não foram encontrados, seja porque há um enorme número de julgados referentes a Administração Pública, seja porque os conectivos e palavras chaves usadas não foram capazes de fornecer todas as decisões relevantes para o estudo proposto. Por isso, a análise desenvolvida neste trabalho não deixará de ser, embora feita do modo mais completo possível, sobre uma amostragem de julgados.

A tabela chegou a um novo número de 97 acórdãos. Embora se tenha chegado a um grande número de decisões, há matérias que se repetem com muita frequência, como é o caso das nomeações para concurso público; outras que não apresentam relevante interesse para a pesquisa, pois tratam de temas que se reconhece, sem maiores dificuldades, de total competência discricionária do Estado, como nos atos políticos ou de governo, tais os casos de expulsão⁵ e indulto⁶. Subtraindo as decisões não pertinentes (seja pela escassez de argumentação ou porque a matéria discutida nada tinha com o tema deste trabalho); as que tratavam do controle do ato, mas tinham tênue relação com o tratamento dispensado à discricionariedade; e as repetidas, cheguei a um número de 26 acórdãos, que serão aqui trabalhados. Nesse número não estão computados os julgados referidos em notas de rodapé citados ao longo do trabalho.

Assim, somente as decisões que possuam argumentação explícita sobre as formas de controle do ato administrativo discricionário, como, por exemplo, as que

⁵ Exemplificando, no HC 72082, de 1995, em que pese o Judiciário reconheça a expulsão como ato discricionário do Poder Executivo, não se admite, no entanto, ofensa a lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo – pedido de reconsideração – e apelo ao Poder Judiciário. Quanto a este, o escopo de intervenção é muito estreito. Cuida o Judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. Não examina a conveniência e a oportunidade da medida, circunscrevendo-se na matéria de direito: a observância dos preceitos constitucionais e legais. Precedentes: HC 58926 E 61738, entre outros.

⁶ Nesse sentido, o HC 90364, de 2007, tendo como Min. relator Ricardo Lewandowski, em ementa, segundo a qual: “o decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade. Habeas corpus não conhecido.”

apresentem discussão sobre a motivação, a finalidade, a legalidade e os demais instrumentos que possibilitem a revisão judicial serão analisados no Cap. 4. Cabe acrescentar que, embora não fique explícito em muitos dos julgados desse capítulo a discussão sobre discricionariedade, os julgados do Capítulo têm como matéria de análise atos discricionários, nos quais, todavia, o controle foi exercido em termos dos pressupostos de validade, e que, por também configurarem meio de controle da discricionariedade, penso pertinentes ao desenvolvimento do presente trabalho.

Já podendo contar com um panorama das formas de controle do ato administrativo discricionário, no Cap. 5 buscarei analisar quais os argumentos levantados pelo STF em relação ao controle da competência discricionária da Administração, especificamente.

3. Atos Discricionários da Administração Pública

3.1 Conceituações

Esse capítulo se propõe a esclarecer brevemente alguns conceitos sem os quais a análise jurisprudencial restaria prejudicada. Entender o conceito de ato administrativo e de discricionariedade possibilita a delimitação do objeto da pesquisa; entender seus elementos, permite compreender, pelos menos hipoteticamente, as razões pelas quais o Judiciário é legitimado para controlar a competência discricionária da Administração.

É importante deixar claro que este capítulo não visa utilizar a doutrina com o intuito de fixar conceitos pelos quais o Judiciário terá que se pautar. Uma vez que na nossa Constituição Federal não há explicitamente as regras do controle judicial dos atos administrativos, o que há é a construção delas pelos pensadores do direito, que caracteriza tanto o trabalho da doutrina, quanto da jurisprudência, quando fundamentadas nas diretrizes constitucionais.

Em conformidade com o entendimento empregado por Bandeira de Mello, 2007, pág. 381, e Di Pietro, 2003⁷ e adotado pela jurisprudência, podemos adotar a definição de José Roberto Pimenta de Oliveira (2006: 328) para conceituar o ato administrativo como a “declaração jurídica unilateral, produzida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, em cumprimento de lei, no exercício do poder público, na busca da satisfação de interesse público concreto, sujeita a controle judicial.”

Decompondo o conceito temos que: *é declaração*, ou decisão, da Administração Pública, formada pelo conjunto de órgãos do Poder Executivo e demais sujeitos da Administração indireta, para diferenciar-se dos meros fatos jurídicos, nos quais não há o exercício de funções; particulares também podem expedir atos administrativos, se estiverem no exercício de função pública; trata-se do exercício de prerrogativas especiais, pois nem todas as decisões estatais são atos administrativos, podendo ser apenas atos da administração, regidos pelo Direito Comum; os atos administrativos são

⁷ Em pronunciamento no I Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município, 3 de outubro de 2003, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “num conceito assim bem restrito, eu diria que o ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público, sujeita à lei e ao controle pelo Poder Judiciário.”

atos infra-legais, Medida Provisória, por se aproximar à lei, não é ato administrativo; os atos administrativos estão sujeitos a controle judicial, não por meio da análise do dito mérito do ato, mas por sua legalidade.

Os atos administrativos possuem uma série de prerrogativas públicas, tais quais: *presunção de legitimidade*, vez que mesmo sofrendo revisão judicial, o ato pode ter seus efeitos resguardados; *imperatividade*, pois pode a Administração impor obrigações à terceiro unilateralmente; *exigibilidade*, já que não carece de declaração judicial para se caracterizar como ato jurídico formal e exigível; *auto-executoriedade*, sendo que a própria lei pode prever que o ato é executável sem decisão judicial.

O ato administrativo pode ainda ser *vinculado* ou *discricionário*. Vinculação é a característica dos atos nos quais não há margem para avaliação subjetiva do administrador, pois todos os requisitos já estão previstos em lei. Um bom exemplo é a concessão da aposentadoria compulsória quando o servidor tenha completado 70 anos. Já nos atos discricionários o legislador confere certa autonomia para que o Administrador faça juízo valorativo de conveniência e oportunidade sobre o ato a ser realizado. Convém salientar que a discricionariedade apenas pode ser constatada no caso concreto, pois é só frente às circunstâncias do caso que poderá ser exercida a avaliação subjetiva da Administração Pública. Exemplo de caso em que a jurisprudência vem reconhecendo amplamente a discricionariedade é no provimento de cargos públicos⁸.

Vale remeter à definição de discricionariedade apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para solução vertente.” (Bandeira de Mello, 2007: 957).

⁸ Entendimento do RMS 22063, feito ressalva pelo Min. Marco Aurélio: “a vinculação ocorre não só relativamente às vagas que existam à época da abertura, como também no tocante àquelas que venham a surgir dentro do prazo de validade do concurso.”

Cabe ainda acrescentar um aspecto importante dos atos administrativos discricionários: situa-se no fato de que a Administração trabalha com uma relação de custo-benefício, hierarquizando prioridades - bem diferente de uma atuação baseada na lógica jurídica, diga-se de passagem. Para escolher tais prioridades, o governo passa por um processo político de escolha, e é nesse exato ponto que a competência discricionária se faz imprescindível. Convém destacar que é por meio desse processo político de escolhas que o planejamento se torna possível.

3.2 Pressupostos de Validade do Ato

Muito importantes são os pressupostos do ato administrativos, pois, como destacado, muitos deles servem como parâmetros do ato sem os quais o mesmo pode ser considerado inválido pelo Judiciário⁹ (ou pela própria Administração). São pressupostos do ato administrativo: o *sujeito*, o *objeto*, a *forma*, o *motivo* e a *finalidade*¹⁰.

Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato; pode-se falar inclusive em uma vinculação, vez que a competência é fixada em lei. Contudo, a competência pode ser objeto de delegação ou avocação.

A *forma* do ato pode ser dividida em três aspectos formais: o modo de produção, de divulgação do ato, no qual os vícios são relevantes principalmente quando reduzem a publicidade dos atos; *motivação*, que é a exposição das razões de fato e de direito que levaram o administrador a tomar determinada medida, são as “razões de decidir”, o ato de circunstanciar a decisão. O administrador fica vinculado à motivação do ato, fato que permite o controle judicial do mesmo e evita que sejam criados argumentos *ad hoc* por parte do administrador com a finalidade apenas de rebater críticas, justificando, a *posteriori* seu ato. A ausência de motivação pode levar a invalidação do ato. O

⁹ Nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, no RMS 24699, pág. 5: “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.”

¹⁰ É o entendimento da Corte no RE 365.368 – AgR, de 2007 e RE – AgR 505439, de 2008: “embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.”

procedimento é o terceiro aspecto formal, são atos jurídicos que devem preceder a um determinado ato, juntamente com o motivo, os requisitos procedimentais são condições para a prática de certo ato administrativo.

Motivo é a situação de fato, concreta, que justifica o ato administrativo; é aspecto material, que o administrador pode alegar não ter ocorrido para, por exemplo, se defender de uma multa. Nas palavras do Min. Eros Grau em voto no SEM 24.699: “o motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração (...). 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.”

Finalidade, por fim, é o objetivo do ato administrativo e deve estar legalmente prevista. Esse elemento também é de grande importância para o controle judicial pois mesmo que o administrador tenha a prerrogativa para a prática do ato, pode agir em desconformidade com a finalidade da lei, o que caracteriza a “teoria do desvio de poder”, vez que o ato é pautado em motivos pessoais do administrador, contrários a impessoalidade que deve acompanhar toda a atuação da Administração. Hodiernamente, todavia, é mais comum que o judiciário trate os casos de desvio de finalidade como afronta à razoabilidade e a proporcionalidade. Um dos exemplos mais comuns é a transferência de servidor como meio de punição¹¹.

Assim, o controle judicial dos atos administrativos sempre poderá recair sobre os motivos, que não se confundem, como já apontado, com a motivação, como faz prova o RE 17.126, datado de 1951, sendo relator o Min. Hahnemann Guimarães, no qual o STF exprimiu caber ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração. Também será sempre ponto de controle a finalidade do ato, por meio da qual o Judiciário analisará a legitimidade da atuação administrativa, sendo que havendo um descompasso entre a finalidade da lei e o ato praticado, este restará maculado de desvio de poder, sendo, portanto, nulo.

¹¹ O TJSP no RT 64/63, proclamou que “constitui abuso de poder a remoção de servidor público sem justificativa das razões de ordem pública para a providência”. Também o STF no RE embargos 75421, pág. 3.

3.3 Formas de retirada do ato

Existem duas formas pelas quais o ato administrativo pode ser retirado do mundo jurídico (Bandeira de Mello, 2007: 435 a 475), a saber: a revogação e a invalidação. Na revogação é a própria Administração que, pesando os fatores de conveniência e oportunidade decide pela retirada do ato, com efeitos sempre *ex nunc* e sem que haja prejuízo a terceiro de boa fé ou a própria Administração. O objeto da revogação é invariavelmente um ato administrativo válido, praticado dentro da competência discricionária da Administração.

Já a invalidação é a retirada do ato administrativo ou da relação jurídica dele decorrida, por haver afronta a legalidade, a ordem jurídica, diferentemente do que se dá nas hipóteses de revogação. São competentes para invalidar, tanto a Administração quanto o Judiciário, com efeitos que são, em regra, *ex tunc*. Desse modo, fica claro que a jurisprudência estudada adiante tratará de invalidações do ato administrativo pelo Judiciário.

3.4 Breve histórico sobre a percepção da discricionariade administrativa

Fornecido os elementos que podem ser usados, eventualmente, num futuro controle judicial, cumpre, por oportuno, traçar um breve histórico de como a discricionariade foi percebida em face do Direito desde o Estado Liberal até o nosso atual Estado Democrático de Direito. Tal percepção é importante para bem compreender as raízes do atual controle judicial dos atos administrativos discricionários na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No Estado Liberal, devido aos resquícios do período das monarquias absolutas, continuou a se reconhecer à Administração Pública um âmbito de atuação isenta de vinculação legal e jurisdicional. A discricionariade estava justamente nessa atividade administrativa de livre apreciação, era encarada como poder totalmente *político*, sendo que a lei definia somente as esferas jurídicas dos cidadãos como limites ao arbítrio da Administração.

Com o advento do Estado Social, já em meados do século XX, contrapondo-se ao Estado liberal, no qual dominava a idéia de liberdade e igualdade formais, o Estado passou a ativamente buscar essa igualdade, materialmente. O interesse público passou a

ter supremacia sobre o interesse individual. Com todas as tarefas que o Estado passou a assumir, sua capacidade legiferante aumentou em igual medida, já que o Estado só pode agir legitimamente se sustentado por um preceito jurídico que preveja sua atuação. Como bem resume Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Enquanto que no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.”

A discricionariedade, dessa forma, passa a ser vista como poder *jurídico*. Contudo, ainda na lição da renomada professora, “as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido mérito da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei”.

Já no período do Estado Democrático de Direito, não mais bastava um Estado *Legal*, mas, diferentemente um Estado de Direito, no qual se buscasse justiça material; também há um elemento que não estava presente anteriormente, que caracteriza o Estado Democrático: a participação popular. Aqui, a discricionariedade não é limitada apenas pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, norteadas pelo sentido do Direito, mais complexo e abrangente que a mera idéia de lei.

3.5 Problemática

Atualmente, no Brasil, o modelo de Estado está construído fundamentalmente nas bases do Estado Democrático de Direito. Contudo, é reconhecida ao administrador a necessidade de maior grau de liberdade decisória para a implantação do gerenciamento, sendo que autores como Joan Prats i Catalã (1996: 27) defendem a discricionariedade não como problema, mas como “a ocasião e oportunidade de se prestar serviço responsável aos interesses gerais.” Se de um lado busca-se maior efetividade na atuação da Administração, por outro lado grande parte das matérias de direito administrativo

(desde os princípios até concessão de serviços públicos) possuem seu fundamento e limites na própria Constituição, situação que dificulta uma renovação gerencial em prol de uma maior “efetividade” administrativa.

Ademais, a discricionariedade encontra fundamento no princípio de independência entre os Poderes, pois se a discricionariedade dos atos administrativos não fosse reconhecida à Administração, o Legislativo estaria invadindo competência que não é sua – estaria, dentro de um aspecto prático, “administrando”. Se ao Legislativo fosse permitido e possível prever todas as soluções para os casos concretos, a Administração não teria outra função senão cumprir as ordens emanadas pelo Poder Legislativo. Contudo, a realidade social é bastante complexa para que a hipótese pudesse se efetivar, de forma que incumbe à Administração zelar pelas necessidades coletivas, utilizando-se da discricionariedade para que possa atuar de forma mais adequada possível.

Cabe ainda acrescentar que o princípio da separação de poderes também é obstáculo para a atuação do Judiciário, de modo que este não pode substituir a decisão administrativa por sua própria decisão, se preenchidos os requisitos legais, pois ao Judiciário cabe uma função precipuamente exegética, enquanto os critérios administrativos são próprios do atuar da Administração.

Em suma, no Estado Democrático de Direito brasileiro a discricionariedade é limitada por lei, em seu sentido formal, como asseverado pelo *caput* do artigo 37 e 5º, II, da CF, mas mais do que isso, vêm-se reconhecendo limites doutrinária e jurisprudencialmente nos princípios previstos implícita ou explicitamente na Constituição, tais quais: a moralidade, a razoabilidade e o interesse público.

Resta, no entanto, uma questão nebulosa para o exercício do controle dos atos administrativos discricionários: o que é o mérito do ato administrativo no caso concreto? De fato, no direito brasileiro, muitas vezes o mérito é usado como palavra quase mágica, como capa que esconde questões de legalidade e moralidade administrativa; o mérito, nesses casos, tem o condão de deter o controle do poder Judiciário sobre os atos da Administração.

Interessante, a esse respeito, a jurisprudência que se formou em textos legais denotando uma cultura de excessiva deferência à competência discricionária, sobretudo no campo do poder de polícia, como é o caso do disposto na alínea “b” do parágrafo 9º do artigo 13 da Lei nº 221, do ano de 1894: “À medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder” (grifo meu). Vê-se aqui que o controle judicial só podia ser exercido na situação extrema do excesso de poder, ou pelo aspecto formal da incompetência da autoridade¹². A conveniência e a oportunidade cobriam amplamente o ato, de modo a afastar a fiscalização do Judiciário.

Para os dias de hoje uma pergunta ainda permanece: como a efetiva análise da legalidade se diferencia da análise do mérito? À autoridade administrativa, justamente porque o legislador criou-lhe uma faculdade em favor da gestão dos interesses públicos, compete encontrar uma solução, entre as legalmente possíveis, que seja baseada em critérios como os de oportunidade, conveniência, igualdade e justiça, ou seja, critérios de mérito. Mas como saber se tais critérios realmente encontram respaldo na lei, se não há arbitrariedade?

Um caminho que pode ser apontado, pelo menos a princípio, para saber se o controle está se pautando no mérito ou na legalidade é, como já foi explicitado dentro dos elementos do ato administrativo, averiguar a *motivação* do ato, pois uma vez que a Administração se manifestou acerca de sua “razão de decidir” a ela se vincula, possibilitando o controle. Porém, para os objetivos deste trabalho, mais importante que uma resposta acadêmica sobre o assunto é buscar, em termos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como efetivamente o controle dos atos administrativos discricionários é feito e em com quais critérios ele é justificado. É para essa proposta que estão voltados o Cap. IV e V.

¹² Sobre o tema, vale conferir Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, pag. 130, 2ª edição, São Paulo : Atlas, 2001

4. Panorama Jurisprudencial

Nesse capítulo serão analisados os julgados agrupando-os por matéria, e, sempre que possível, cronologicamente, a fim de facilitar a compreensão do leitor, para que melhor se possa acompanhar o entendimento da Corte a respeito das questões que envolvam o controle do ato administrativo.

4.1 Legalidade

Os **embargos no RE nº 75.421**, de 1975, é um julgado de alto interesse para essa pesquisa na medida em que nele se busca saber o que envolve o mérito e o que envolve a *legalidade* quando do exame do ato administrativo. No caso, o embargante pretende que a Prefeitura que, tendo-o demitido por meio de inquérito administrativo no qual, afirma-se, foram respeitados os procedimentos formais exigidos, o reintegre, vez que sua demissão fora pautada em mera suspeita de conduta. A jurisdição criminal não condenou o embargante, de modo que o funcionário vê como injusta sua demissão. Para solucionar a demanda os Ministros teriam que decidir se a apreciação da prova do crime de que fora acusado (recebimento de propina) era exame de legalidade, ou se configuraria invasão no exame de mérito.

Na primeira instância a ação foi julgada improcedente por entender o prolator da sentença que o ato demissório, formalmente perfeito e decorrente de inquérito regular, “não podia sofrer exame do Judiciário sob o aspecto de ser justo ou injusto, restrito à discricção do Poder a que o servidor está subordinado” (pág. 3). Também nesse sentido, o Parecer do Procurador Geral da República:

“Na verdade, o elastecimento desse exame se espelha nos assertivos do v. acórdão, que levaram à conclusão de que o demitido não cometera corrupção passiva, ao contrário do que se entendera no processo administrativo regularmente instaurado. Assim se caracterizou total controle de merecimento do ato, prejudicial à jurisdição criminal, a quem cabia decidir a conotação delituosa, e à própria competência administrativa, anulada na sua atribuição de juiz dos resíduos

administrativos vinculados ao inquinado comportamento criminoso do funcionário demitido.”

O parecer da PGR termina por afirmar que ao Poder Judiciário somente cabe apreciar a legalidade do ato administrativo, sendo-lhe vedado corrigir a eventual injustiça de penalidade imposta com apoio na prova produzida. Invoca a jurisprudência que entende por dominante ao afirmar que ao Judiciário não cabe invalidar ato administrativo escorreito.

Em contrapartida ao exposto, no julgamento dos embargos, os ministros acolhem o pedido do embargante, seguindo a tese de que a apreciação da prova está contida no exame da legalidade do ato e que “a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência e a oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente” (Min. Xavier de Albuquerque, pág. 11).

O Min. conclui o voto entendendo como absolutamente legítimo o exame pelo Judiciário da prova dos fatos imputados ao funcionário, vez que a legalidade do ato só se demonstraria em face da apreciação da prova¹³. Desse modo, alerta para que não se confunda o exame da legalidade com a apreciação das meras formalidades do processo administrativo, pois o exame vai além disso, alcançando inclusive a procedência do fundamento do ato no exame do processo administrativo:

“A legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato , desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”(grifo meu, pág.12).

A preocupação com uma decisão justa mostra-se, pelo exposto no julgado, atrelada indissociavelmente ao exame de legalidade. O recurso foi conhecido por unanimidade e provido pela maioria da Primeira Turma.

¹³ No mesmo sentido o RE 63552, de 1969.

No **MS 20.861**, de 1990, cujo relator foi o Min. Aldir Passarinho, cuida-se de decreto desapropriatório motivado por interesse social e expedido pelo Presidente durante o prazo em que fora concedida liminar ao proprietário da gleba, impetrante, para que este pudesse provar que o imóvel não era suscetível de desapropriação. A corte concedeu a segurança para tornar sem efeito o decreto desapropriatório nº 96.258 de 1988.

De um lado, o INCRA sustenta longamente que o imóvel em causa não é de ser considerado como latifúndio por exploração, e que o mandado de segurança não é a via própria para obtenção de pronunciamento que o declare empresa rural. Alega, ainda, que escapa à competência do Judiciário o exame dos motivos em que o poder expropriante assentou sua vontade para decretar e fazer valer o interesse público

De outro lado, o Tribunal decide contrariamente, concedendo a segurança, por entender que “as atividades administrativas se encontram sujeitas ao controle jurisdicional, e se exerce quando o Poder Judiciário é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, sendo que tal controle se exerce na apreciação da legalidade dos atos administrativos, e o cidadão pode provocar o controle jurisdicional contra a Administração, não só ajuizando ação para obter ressarcimentos de prejuízos que lhe foram causados pela Administração, mas procurando sustar atos desta que lhe sejam lesivos” (pág. 7, Min. Aldir Passarinho).

O instrumento do Mandado de Segurança é acertado, vez que é por meio dele que o Judiciário exerce controle sobre ato que o impetrante considere lesivo ao seu direito, sendo que a força coativa da decisão decorre da própria obrigação da Administração submeter-se à ordem jurídica, com base no chamado princípio da legalidade, incluindo-se nesse princípio a obediência às decisões judiciais, exercendo-se o controle jurisdicional por uma intervenção do Poder Judiciário no processo da realização do direito.

Dessa forma, ao incluir no *princípio da legalidade* a obediência às decisões judiciais, o ato administrativo, embora considerado motivado, foi suspenso em razão do prazo conferido pela Corte para que o impetrante provasse que o imóvel não era suscetível de desapropriação. Cabe lembrar que a Administração Pública, seja em caso

de desapropriação, seja na prática de atos que afetem a válida exploração econômica da propriedade, devem assegurar a justa indenização (RE 13.4297, de 1995).

Por maioria de votos, vencido o Min. Paulo Brossard, em sessão plenária, o STF deferiu o mandado de segurança.

4.2 Motivação

O MS 20.021, de 1974, a Rádio Marconi, impetrante, alega a nulidade do despacho presidencial que lhe cassou a autorização de funcionamento alegando falta de *motivação*¹⁴. Tal é o despacho:

“Recurso interposto pela Rádio Sociedade Marconi Ltda. contra o ato que lhe cassou a permissão para explorar serviços de radiodifusão sonora, na Capital do Estão de São Paulo. Nego provimento ao recurso. Em 13.8.74.”

Pelo entendimento da ementa, os Ministros convergem no sentido de que, em princípio, o ato administrativo deve ser motivado, mas a motivação pode resultar de exposição de motivos, ato ou parecer existente no processo e oriundo dos órgãos auxiliares do governo, não devendo constar, necessariamente, do ato em si¹⁵. O Min Gallotti no MS 11.792, de 1963, já afirmara que o “O Tribunal já tem o seu critério, assentando e pacífico sobre decisões não motivadas. Decisões não motivadas anulam-se. Nunca vi, neste Tribunal prevalecer outro critério que não esse”.

Em que pese a declaração peremptória do Min. Gallotti, no MS 20021 há 2 momentos em que esse entendimento é flexibilizado: uma na adoção dos Ministros da fala do requerido, Ministro das Comunicações, qual seja: “A falta de fundamentação e

¹⁴ Como faz entender o julgado RE – embargos 73727, de 1973, juntamente com o RE 69501, o MS 71765 e o RE 69486, a análise da motivação está compreendida na análise da legalidade do ato: “(...) dando provimento ao recurso, todavia, para conceder a segurança, o venerando acórdão embargado dissentiu de julgados da Suprema Corte no sentido da ilegalidade de resoluções do Conselho de Política Aduaneira, porque não se comprovava sua motivação, que não constava dos autos”, pág. 3.

¹⁵ No mesmo sentido o AI-AgR 237639, na declaração de Sepúlveda Pertence: “nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo “mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado, como na espécie, por autoridade de menor hierarquia”.

motivação, no caso presente, não invalida o ato, porque, conforme doutrina e jurisprudência dominantes, somente há necessidade de fundamentação e motivação de despachos administrativos quando tal obrigatoriedade é prescrita em lei (grifo próprio)”.

Assim, se por um lado o Min. Gallotti afirma que decisões não motivadas anulam-se, por outro, no presente MS os Ministros reconhecem a possibilidade de haver atos que prescindam de motivação, ou seja, tais atos só deveriam ser motivados se a lei assim determinasse.

Outra flexibilização da posição do Min. Gallotti também está na fala do Ministro das Comunicações, que cita e acompanha o **MS 16.807**, de 1968, a qual os Ministros também acompanham: “o controle judicial só se exerce sobre o ato administrativo motivado, caso em que a lei exige o motivo mas não a sua comprovação. Apreciação da idoneidade de candidatos. Ato discricionário. Livre apreciação exclui a motivação das razões do ato. Denegação do pedido” (grifo meu)

Tal tese, nos dias de hoje, soa um pouco incoerente, ao afirmar que atos discricionários (“de livre apreciação”) têm o condão de *excluir* a motivação das razões do ato, vez que se deseja, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, que a motivação esteja, sempre que possível, presente em todo ato administrativo; sendo que todo ato administrativo, pelo igual objetivo democrático, mesmo quando desempenhado dentro das competências discricionárias, está sujeito ao controle judicial.

A tese que pode ser considerada como meio termo entre os dois entendimentos – exigência da motivação e prescindibilidade da motivação – parece ser a que estabelece que a motivação nos atos administrativos discricionários seja facultativa, mas, se for feita, vincula a Administração aos motivos declarados como determinantes do ato.

O **RE 131.661**, de 1995, versa sobre a importância da *motivação* nos atos administrativos discricionários. Neste julgado já é possível constatar a diferença de tratamento dispensado à motivação quando comparado com o primeiro julgado analisado neste item. Trata-se, no caso, de remoção de funcionária, recorrida, sem a indicação dos motivos que estariam a respaldar o ato administrativo, praticado, portanto, com abuso de poder pelo governador do Espírito Santo, recorrente.

A funcionária havia sido removida para Município diverso daquele para o qual especificamente prestou concurso, por ato administrativo não motivado. Considera-se ainda, que a recorrida ingressou no serviço público em primeiro lugar e passou dez anos no exercício do cargo.

Nas contra-razões, o Estado sustentou ofensa ao teor dos artigos 6º e 113, inciso I, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assevera que o Colegiado extravasou o exame do ato administrativo da remoção da servidora pública, para adentrar o juízo da conveniência e da oportunidade administrativas.

O Min. Relator Marco Aurélio, na pág. 4, respaldado nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, declara que “mesmo nos atos discricionários há margem para que a Administração atue com excessos ou desvios ao decidir.” Considera, adiante, como indispensável a motivação, sem a qual o ato é nulo e sem efeito. Como destacado no relatório, “o princípio da motivação dos atos administrativos constitui, hoje, já assinalava Bilac Pinto, uma exigência do direito administrativo nos países democráticos”¹⁶.

Percebe-se no teor do julgado uma mudança com respeito ao tratamento dispensado à motivação¹⁷ quando comparado com os julgados da década de 60 e 70, como fazem prova os MS 20.021 e 16.807, já trabalhados, sendo que neste a discricionariedade excluía a motivação e naquele só se fazia necessária quando prevista em lei.

Por unanimidade, a segunda turma não conheceu do recurso extraordinário nos termos do voto do Relator.

4.3 Finalidade

¹⁶ Embora a exigência seja regra geral, há casos, como a nomeação para cargo em confiança, em que o ato prescinde de motivação, não obstante se vincule a ela quando esta é existente.

¹⁷ Segundo Eros Grau, no RMS 24699, de 2005: “(...) 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.”

No **RE-AgR 205.535**, de 1998, é discutido um dos pressupostos de validade do ato: sua *finalidade*. No caso, o critério eleito no edital de concurso público, ao pontuar os títulos, conferia 5 pontos para os candidatos que tivessem título de doutor e 6 pontos para aqueles que tivessem 3 anos de efetivo serviço público. Como é sabido, a competência para eleger os critérios do concurso público é da Administração Pública, fundando-se sempre nos princípios constitucionais insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Min. Relator Marco Aurélio reconhece que no campo da aferição dos títulos incide a competência discricionária da Administração (pág. 3), e que tal competência não exclui a análise da questão sob o ângulo da finalidade do ato. Na mesma página, considera injusto e desarrazoado o critério adotado:

“Eis um caso exemplar de exame do tema sob a esfera da razoabilidade. A Constituição Federal não pode ser tomada como a respaldar verdadeiros paradoxos, olvidando-se o objetivo maior por ela buscado.”

O Estado do Rio Grande do Sul, agravante, sustenta que a previsão para a valoração do tempo de serviço como título está contida no artigo 19 das Disposições Transitórias, e que, portanto, agiu em conformidade com a lei. Alega, então, que o reexame do ato administrativo pelo Judiciário deveria ficar adstrito aos aspectos da legalidade do procedimento.

O Min. declara que o ato deve ser analisado sob ângulo da finalidade, sendo que esta, para o caso, seria a do inciso II do art. 37, CF. No voto a argumentação em relação ao controle pela finalidade se esgota nessa relação, de forma a não ficar explícito qual é o “objetivo maior por ela buscado”, ou seja, qual é, exatamente, a finalidade contida no dispositivo constitucionalmente citado que inviabiliza a Administração de valorar um critério legal, já que previsto no ato de disposições transitórias, para concurso público. Assim dispõe o inciso II do artigo 37:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a

complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Do texto constitucional também não é explicitada a finalidade dos critérios seletivos do concurso público. Sabe-se que, de acordo com os princípios da administração, que a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência devem ser sempre observadas.

Penso que, a priori, não se pode dizer que a pontuação conferida pela Administração ao tempo de serviço seja ilegal, pois prevista em lei; pessoal, vez que se trata de critério genérico; imoral e ineficiente já que a Administração pode entender que a experiência prática no serviço público seja tão ou mais relevante que o título de doutorado para a função a ser exercida, eventualmente pontuando aquela mais do que esse; faltante com a publicidade, uma vez que nada a esse respeito foi levantado no julgado.

Há, ademais, certo rompimento com os julgados da década de 60 e 70, já citados, na medida em que nestes o controle judicial dos atos administrativos discricionários se mostrava fortemente ligado com a apreciação da legalidade do ato, em que pese a adoção de um conceito mais alargado da legalidade¹⁸; enquanto no presente julgado, o Min. se distancia da análise legal e enxerga “caso exemplar” de irrazoabilidade, ou seja, decide a questão utilizando-se da razoabilidade como “princípio constitucional”, não argumentando profundamente o porquê de um dos pressupostos de validade do ato, a finalidade, não se amoldar para o caso.

E ainda, havendo julgados no sentido de reconhecer a legitimidade da Administração para estabelecer limite máximo de idade em edital de concurso público¹⁹, o ônus para argumentar que um critério legalmente previsto não possa ser usado deveria ser muito maior do que realmente foi. Afinal, por que o Supremo declara que a isonomia – considerando que possa ser adotada como parâmetro no controle dos atos,

¹⁸ Tal como apresentado pelo Min. Xavier na pág. 22: “A legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.”

¹⁹ Vide ADI – MC 776, de 1992

mesmo que não presente diretamente nos princípios norteadores da administração – está presente naquele e não se encontra neste?

Por unanimidade, a segunda turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário.

O **RE 97.693**, de 1996 traz argumentos muito importantes sobre dois dos pressupostos de validade do ato administrativo: a *finalidade*²⁰ e a motivação. O julgado trata de decreto municipal desapropriatório, fundado na alegação de utilidade pública, contra imóvel de particular. A controvérsia reside na alegação do recorrente, Geraldo da Costa e outros, de ter a Prefeitura de Matozinhos, recorrida, beneficiado empresa particular, a Cia. Mineira de Cimento Portland, também recorrida, por meio do decreto expropriatório, vez que lhe destinou a área objeto do mesmo.

Sabe-se que a validade do ato administrativo em tela depende da observância dos requisitos indispensáveis da desapropriação, quais sejam: a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social e a prévia e justa indenização em dinheiro. No julgado (pág. 6) também se afirma, como entendimento pacífico da doutrina, que os casos de desapropriação são taxativos, não podendo em hipótese alguma ficar subordinados à “utilidade privada” de uma ou mais pessoas, ou ainda a do próprio desapropriante. A pergunta que se põe ao caso concreto é onde está a utilidade pública do decreto municipal?

No julgado, os ministros reconhecem a legitimidade do Judiciário para analisar se o ato desapropriatório foi ou não realizado realmente por motivo de utilidade pública. Na pág. 11, durante o relatório, o Min. Neri da Silveira não entende como utilidade pública aquilo que será usado por uma única pessoa ou uma única sociedade particular; mas, diversamente, entende que é o modo de ser de alguma coisa cuja finalidade o governo reconhece como de interesse ou em benefício da coletividade.

²⁰ Cumpre informar, a respeito, que a finalidade do ato, quando revestida de imoralidade, também viola o princípio da legalidade, como faz crer o julgado AI – AgR 312488, de 2002, na pág. 4, no voto proferido pelo Min. Sydney Sanches, no qual determinado Prefeito colocou em disponibilidade servidores estáveis sem que os respectivos cargos tivessem sido extintos ou mediante declaração de sua desnecessidade. No relatório se afirma que o ato administrativo se deu em razão de inimizade política.

A Procuradoria Geral da República, citando Cretella Junior, assevera que “se a declaração expropriatória for decretada para favorecer o particular, está configurado o desvio de poder, não ocorrendo, pois, a possibilidade de enquadramento do ato em qualquer das hipóteses mencionadas no diploma legal, porque todos se subordinam à rubrica geral de utilidade pública.”

Cumprе salientar que o próprio representante da municipalidade cuidou de denunciar, expressamente, que a finalidade da desapropriação era construir um acesso ferroviário ente a COMINCI e a Rede Ferroviária Federal, ficando, assim, vinculada a finalidade. “Se estava na intenção do Poder Municipal dar finalidade além desta, deveria tê-lo explicitado no decreto. Não o fazendo, não iremos enxertar, aqui, outras finalidades que possam dar conotação de interesse público ao caráter expropriatório.”²¹.

Declarando a incidência do desvio de finalidade na hipótese de decreto desapropriatório que favoreça particular, a Corte já se pronunciou no **RE 78.229**, de 1974 e no **RE 64.559**, de 1970. Nas palavras do Min. Eloy da Rocha:

“Ocorre desvio de finalidade da desapropriação, se o expropriante aliena o bem ou cedo o uso, por qualquer título, a particular. Descaracteriza-se, então, a utilidade pública, prevista na Constituição e na lei.”

Mesmo diante da clariдаde de tais precedentes, a votação no caso em tela (RE 97.693/96) foi muito acirrada. Divergiram os Ministros Marco Aurélio e Paulo Brossard, sendo que ambos enxergam finalidade pública no ato administrativo realizado. O Min. Brossard declara:

“Não conheço o Município de Matozinhos, mas não tenho dificuldade em admitir que a empresa em causa seja contribuinte importante, quiçá a maior contribuinte da localidade, de modo que me parece natural que o Município tenha procurado fazer o necessário para melhorar o transporte do produto elaborado. (...) a despeito disso, o cerne da questão reside em saber se o bem desapropriado foi incorporado ao patrimônio da empresa fabricante de cimento ou não foi.” (pág. 63)

²¹ Min. Relator Néri da Silveira, citando o Desembargador Lamartine Campos, pág. 48

Com uma *ratio* bastante diferente o Min. Francisco Rezek vota com o relator, desempatando o julgado em favor dos requerentes e contra o decreto desapropriatório. Pela riqueza da argumentação e explicitação do seu ponto de vista, vale a pena transcrever passagem do seu voto:

“Sem embargo da minha resistência cada dia mais firme à solução judiciária de problemas políticos; sem embargo da extrema restrição com que vejo crescer no Brasil, sobretudo em juízo de primeiro grau, uma vocação para governar – tarefa para a qual os juízes não foram eleitos pelo povo –; sem embargo da absoluta nitidez da fronteira que estabeleço entre a função judiciária de garantir o primado da Constituição e das leis e a função política de cidadãos eleitos pelo povo, de tomar decisões governativas; sem embargo da minha confessada saturação com uma tendência crescente de intervenção judiciária em assuntos que não deveriam exceder a alçada daqueles que, eleitos pelo povo, exercem funções políticas, o fato é que, neste caso – que nem por outras razões terá dividido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim como dividiu por duas vezes contra duas esta Segunda Turma – a situação é fronteira, e percebo que faz sentido, aqui, dar corretivo judiciário à ação de governo.” (grifo próprio)

Conclui-se pelos votos vencedores, que, malgrado a finalidade do decreto pareça atender a um interesse privado, nada impede que represente um interesse público. Para tanto, contudo, não é suficiente um lacônico texto expropriatório, mas, diferentemente, a Administração haveria de explicar o porquê, dizendo, por exemplo, que a empresa, por dar emprego a determinado número de cidadãos ou famílias ou por tantas outras razões teria seu interesse identificado com o interesse público.

Todavia, o decreto não foi explícito, muito menos exaustivo na demonstração do interesse público, ficando evidente apenas o atendimento ao interesse da instituição privada, e, por essa razão, o recurso foi provido por maioria da segunda turma.

4.4 Limites ao controle

O **RMS 24.699**, de 2004, traz argumentos explícitos sobre os *limites do controle* exercido pela Corte sobre a Administração Pública. O caso trata de funcionário do DNER demitido por ato que, segundo a Administração, fora de improbidade administrativa. Todavia, resta-se provado que a conduta do funcionário é a configurada no artigo 117, X7, da Lei 8.112, ou seja, proceder de forma desidiosa, que mesmo sendo proibida, não entra no rol das causas para demissões previstas no art. 132 (pág. 24). Ademais, “se o motivo da demissão for a prática de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento judiciário coberto pelo manto da coisa julgada” (**MS 23.310**, Marco Aurélio), o que não se verificou no caso.

O Min. Relator Eros Grau, inicia seu voto com uma introdução ao tema da revisão judicial dos atos administrativos:

“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. (...) 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”.

Penso que é interessante notar que a discricionariedade, por mais pura que seja, abarca tanto os aspectos legais quanto os de mérito, ficando sem sentido a classificação do Ministro separando de forma absoluta a legalidade da discricionariedade. O Ministro entende, na pág. 9, que a “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. (...) Sempre que a

Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial.”

No exercício desse controle o Mandado de Segurança se mostra como instrumento de grande relevo, vez que a impugnação judicial do ato a que se pretende a segurança legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade do ato.

Mais adiante, afirma o Ministro que o Judiciário verifica se o ato é correto. Não *qual* o ato correto. Nesse sentido:

“O poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade (inclusive a proporção que marca a relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação), que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderadas no momento das normas de decisão.” (pág. 11)

A primeira turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator.

Para finalizar o presente capítulo, penso importante ressaltar que o objeto em estudo, em que pese a análise dos pressupostos de validade, continua sendo os atos discricionários da administração. O tema da discricionariedade administrativa se apresenta espinhoso para o controle jurisdicional, sendo que essa dificuldade é potencializada pela dita análise de mérito, tão mal definida em termos práticos. Desse modo, parece que em sendo possível a resolução do julgado nos já tradicionais termos dos pressupostos de validade, assim restará trabalhado o exame do ato discricionário, e não, propriamente, pela sua discricionariedade.

5. Competência Discricionária em três casos específicos

5.1 O controle dos atos administrativos discricionários envolvendo políticas fiscais

Para melhor completar o panorama jurisprudencial sobre o controle dos atos administrativos discricionários, cumpre analisar, ainda que brevemente, as decisões referentes ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF); ao Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI); e ao Imposto de Importação (II). Como todos tratam de tributos utilizados para a realização de políticas fiscais e implementação de políticas econômicas, serão estudados em conjunto.

Para essa tarefa – tendo em vista que não é o objetivo deste trabalho o esgotamento da análise dessas decisões específicas, mas, antes, a realização de um estudo mais geral que possibilite apontar, de modo fundamentado, as eventuais mudanças pelas quais a jurisprudência do STF esteja passando – como já apontado na metodologia, irei me apoiar precipuamente no trabalho monográfico desenvolvido pela ex-aluna da Escola de Formação, Marina de Santana Souza, cujo título é “A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II e IPI na jurisprudência do STF.”

O **RE 149.659**, de 1994, trata de recurso em face de decisão proferida pelo tribunal *a quo* que declarou a constitucionalidade do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88, que concedeu isenção do IOF Câmbio com base na data de emissão da Declaração de Importação ou documento semelhante. A recorrente alegou que o dispositivo violaria o princípio da isonomia tributária e teria, ainda, deslocado o fato gerador da obrigação.

No voto do Ministro Paulo Brossard, houve o entendimento de não serem procedentes os argumentos da recorrente, declarando que:

“A isenção fiscal seria decorre do implemento de política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista interesse social. É ato

discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade.”²²(grifo próprio)

Nesse ponto, a pesquisadora traz uma ponderação importante: “Algo que pode-se dizer ter faltado na argumentação do ministro-relator, foi o fato de que ele não demonstrou por quais motivos a implementação de uma política fiscal e econômica, por meio da concessão do benefício isencional, constitui algo impermeável ao Judiciário *per si*.” De fato, parece que o ministro, e o posterior entendimento da Corte ao tratar da matéria, ao simplesmente reconhecer a competência discricionária, afasta, sem o devido ônus argumentativo, a possibilidade do controle desses atos.

Ao final de seu voto o ministro invoca a dinamicidade das relações de comércio exterior para justificar a necessidade de delegar competência normativa ao Poder Executivo, a fim de que este possa dar as respostas políticas de modo ágil, sendo que por essas razões entende que a Constituição faculta ao Executivo, dentro dos limites e condições estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos de importação, IOF e IPI. Os demais ministros acompanharam o voto do relator.

Nos **AI-AgR 142.348** e **AI-AgR 138.344**, ambas de 1994, há o indeferimento dos agravos que objetivavam a concessão do benefício isencional do IOF na liquidação de contratos de câmbio pertinentes a guias de importação emitidas em data anterior a 1º de julho de 1988, sendo que o Decreto-Lei nº2434/88 determinou, em seu art. 6º, que tal isenção somente seria aplicável às guias de importação emitidas depois desta data.

O Min. Celso de Mello aduz que a desequiparação operada pela norma tem fundamento racional no dever do Estado de implementar políticas governamentais. Segundo o Min. a utilização da função extra fiscal da norma tributária, fundada em razão de política governamental, não configura “instrumento de ilegítima outorga de privilégios estatais em favor de determinados estratos de contribuintes.”

Por fim, sendo a isenção dependente de reserva legal, é declarado defeso ao Judiciário estender a isenção sob o fundamento da isonomia, pois o Supremo afirma que aos magistrados e Tribunais é anômala a função de legislador positivo.

²² No mesmo sentido: AI-AgR 137370, AI-AgR 137380, AI-AgR137914 e AI-AgR 151855, todos de 1994.

Nos julgados **RE 140.669**, de 1998, e no **AI-AgR 630.997**, de 2007 (relativos às páginas 23 a 32 da monografia), que envolvem discussões sobre o IPI, chega-se basicamente ao mesmo argumento síntese dos julgados anteriores, que envolviam IOF: a isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário. Esse argumento foi utilizado pelos Min. Ellen Gracie e Eros Grau, ambos com teses vencedoras.

A impossibilidade de análise do mérito também está presente no **RE 344.331**, já em 2003, no qual a Min. Ellen Gracie declara, respaldada nos precedentes RE 149.659 e AI 138.344, ambos de 1995, que “a concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais, sociais e econômicas, utilizando o caráter extrafiscal que pode ser atribuído aos tributos. Desta forma, o mérito de tal ato escapa ao controle do Poder Judiciário.”

A primeira turma, por unanimidade, não conheceu no recurso interposto pela Cooperativa Agropecuária dos Cafeicultores de Porecatu Ltda., em face da União, declarando, além do exposto, não ser possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia, apoiando-se no precedente RE 159.026.

Cabe destacar a avaliação feita pela pesquisadora, (2007:28) segundo a qual:

“Aparentemente, o que a Ministra quis dizer aqui, e que se tornou perceptível ao longo da leitura dos acórdãos analisados nesse trabalho, é que aqueles atos que tenham alguma função política, e em razão disso, sejam fundamentados em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, não são passíveis de serem controlados pelo Judiciário naquilo que concernir ao seu mérito.

Será que, se levado ao limite o argumento da Ministra Ellen Gracie, poder-se-ia extrair deste acórdão a conclusão de que o entendimento da corte, no que concerne à sua competência para revisar questões de mérito de todo e qualquer ‘ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade’, é inexistente?”

A conclusão alcançada pela autora é de que são praticamente inexistentes imposições de limites ao fenômeno da *deslegalização*, que diz respeito à discricionariedade que a lei atribui a Administração Pública para criar normas tributárias, em prol da governabilidade.

Por fim, nos **RE 225.602**, de 1998 e **222.330**, de 1999, o Imposto sobre a Importação de Produtos Estrangeiros (II) é debatido. No primeiro julgado, recorre a União Federal em face da Destilaria Baía Formosa S/A, sendo que no segundo julgado a recorrida é a Mega Som Importados Ltda. Em ambos os casos a União alega que o decreto que alterou as alíquotas do imposto de importação teve seu fato gerador, entrada do produto estrangeiro no território nacional, anterior a majoração realizada, observando assim, a exigência constitucional do art. 150, III. Os recursos foram provido por unanimidade.

Os dois recursos extraordinários são relevantes para o presente estudo na medida em que neles se pode observar mais aspectos do tratamento jurisprudencial para a questão da motivação dos atos administrativos discricionários. Para tanto, é valioso trazer a este trabalho a síntese dos argumentos compilados pela autora, em sua pesquisa:

Min. Moreira Alves: “no que tange à motivação dos atos administrativos discricionários, caberia ao Judiciário apenas comprovar (ou pressupor) a sua existência, sendo-lhe vedado interferir ou sequer avaliar, qualitativamente, esta motivação”

Min. Carlos Velloso: “(...) É que os motivos do decreto não vem nele próprio, mas estão no procedimento administrativo de sua formação.”

Min. Maurício Corrêa: “(...) vê-se que a alíquota está mais do que motivada, dado que o seu aumento se deu em virtude da necessidade de o Brasil compatibilizar a sua política tarifária com a de seus parceiros no MERCOSUL, visando à implantação da política que esse programa visa.”

Um dos aspectos que se sobressai na análise dos julgados citados, referente à motivação, é o fato de que, nas hipóteses em que a Corte fez o seu controle, a motivação encontrada foi a da avaliação dos Ministros para o caso concreto, e não a da Administração, vez que a esta forneceu pouca ou nenhuma. Por isso mesmo, creio, fica

sem sentido que o STF avalie a motivação da Administração quanto a sua eficiência, vez que a justificação do ato foi encontrada pela própria Corte.

5.2 Considerações acerca da Súmula Vinculante nº 13

Também conhecida como súmula do nepotismo, a súmula número 13, editada neste ano de 2008, dividiu a crítica entre aqueles que enxergavam nela um basta para determinados atos imorais da Administração Pública e os que percebiam fragilidades na sua redação e conteúdo. A súmula apresenta o seguinte teor:

“A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”

A análise da súmula nº13 neste trabalho se justifica por ser a nomeação para cargo em comissão um dos maiores exemplos de ato administrativo discricionário; também interessa a este trabalho o modo como foi realizado o controle da discricionariedade, vez que não se deu em termos de legalidade estrita, mas em consonância com o sentido de legalidade ampla, já mencionada no trabalho.

A Súmula 13 teve como precedente, entre outros de menos destaque, a medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, tendo como advogado o professor Luis Roberto Barroso, discutindo a constitucionalidade da Resolução n. 07 de 2005 do CNJ que vedou o nepotismo no Judiciário. Argumentou-se na Corte (i) que a referida vedação é regra constitucional que decorre do princípio da impessoalidade e da moralidade administrativas; (ii) que o Poder Público está adstrito à legalidade e a juridicidade; e que

(iii) a resolução não prejudica o necessário equilíbrio entre os poderes do Estado, pois não subordina nenhum deles ao outro.

Fica vedada, pelo entendimento emanado do STF, a nomeação para “*o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta*”.

A Súmula Vinculante, que deveria trazer mais segurança jurídica aos direitos materiais controvertidos, trouxe, ao contrário, diversas questões. Entre elas se encontra a utilização dos princípios como fundamento único da decisão, a questão da motivação do ato administrativo e os limites da atuação do Judiciário na matéria. Todos esses pontos serão analisados a seguir.

Os cargos em comissão são definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007:296) como “aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”. É dizer que a escolha concreta de uma pessoa de confiança é da autoridade competente para preencher o cargo. Fica no seu âmbito de discricionariedade.

Pode-se dizer, a princípio, justamente pelo prevaletimento da confiança como fundamento do ato, que a nomeação para cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, é um ato administrativo discricionário que prescinde de motivação. Se houver motivação, a Administração, como já demonstrado na análise jurisprudencial, vincula-se. Mas pela própria natureza do cargo o ato deve ser imbuído de liberdade, devendo a Administração, no entanto, atrelar seus atos sempre ao interesse público.

Dessa maneira, poder-se-ia questionar sobre a intervenção²³ do STF nessa nomeação. Partindo do pressuposto que a revisão do ato administrativo discricionário deva ser feita sob o aspecto de sua legalidade, em sentido amplo, como defendido na

²³ Posicionando-se no assunto, vale colacionar a resposta de Luis Roberto Barroso, em entrevista para a ConJur, quando perguntado a cerca do papel ativo do STF: O Supremo tem interpretado pró-ativamente a Constituição e, assim, atende as demandas da sociedade. Não considero que o Tribunal esteja invadindo o espaço da política no sentido impróprio que isso poderia significar. O Supremo tem invadido o espaço da política, em alguma medida, munido da Constituição. Isso não é um fenômeno positivo ou negativo, mas sim uma circunstância da realidade.

jurisprudência já analisada, como justificar a inconstitucionalidade do ato em questão, se nunca houve legislação federal regulando a hipótese?

Explica-se. O STF entendeu que a intervenção foi justificada nos acórdãos em questão pela tutela dos princípios da moralidade e da impessoalidade, esculpidos no artigo 37 da Constituição. Além disso, o STF também declara que não se está individualizando a norma, a dizer, nomeie *x*. Declara-se apenas que a nomeação de determinadas pessoas, com determinados graus de parentesco, viola a norma do artigo 37 da Constituição e que, portanto, não podem ocorrer.

Assim, pode-se concluir que, não obstante a lacuna de fundamento legal, o Judiciário exerceu o controle baseando-se na moralidade e na impessoalidade, utilizando-se da Constituição para controlar diretamente a Administração Pública.

Embora a súmula tencione definir de maneira concreta os casos de abuso do direito de livre nomeação, surge a dúvida do efetivo alcance dessa vedação. Exemplificando, quando a súmula fala em “servidor da mesma pessoa jurídica”, a que pessoa jurídica ela esta se referindo? Seria a pessoa jurídica das secretarias da administração direta e das autarquias, das fundações, das sociedades de economia mista e empresas públicas da administração indireta, ou seriam as pessoas jurídicas dos Estados, da União, dos Municípios e Distrito Federal?

Entendendo que por pessoa jurídica se compreenda o ente federativo, teríamos a situação em que num determinado Município se Fulano trabalha numa pessoa jurídica, o seu parente até terceiro grau não poderia ser contratado para nenhum cargo em comissão de nenhuma das secretarias, fundações, empresas públicas, etc., da cidade.

Talvez a definição construída pela súmula seja lamentável para parte dos casos, pois priva o direito de um indivíduo apto e competente de ocupar um cargo se ele tiver um parente em cargos de chefia nessa pessoa jurídica. Controversa também a questão do *parentesco* descrita na Súmula, que é mais abrangente do que feito o alcance previsto no Código Civil de 2002, vez que inclui os parentes por “afinidade”.

Ademais, o parentesco não esgota a problemática dos atos imorais. Tanto assim, que o STF preocupou-se em caracterizar o dito nepotismo cruzado na Súmula. Nesse sentido, tão alarmante quanto à nomeação de parentes pelo mero fato do parentesco, é a

nomeação, por exemplo, de pessoas sem grau de parentesco algum, contratadas para realizar mecanismos de compensação, como nos casos em que parte do salário recebido no cargo em comissão se destina a custear os gastos da campanha política do interesse de quem o nomeou.

O que a Súmula trouxe foi à restrição de direitos, tanto para o administrador quanto para o administrado, com o objetivo de tentar minimizar uma situação de abuso, da qual não se tem muito controle, justamente por ser difícil de determinar. Mas a questão que exsurge é se a ordem jurídica realmente precisava ser mudada pela súmula, em outras palavras, seria o abuso do *direito* suficiente para suprimi-lo? Ou suprimido deveria ser apenas o abuso?

Penso que, apoiado no que já foi visto na análise jurisprudencial e na doutrina acerca do controle, de outra forma, poder-se-ia moralizar a questão da nomeação de cargos em comissão com o controle de legalidade dela. A nomeação, como ato administrativo, exige determinados requisitos de validade. Entre eles, a motivação.

Para parte da doutrina, como a de Oswald Aranha Bandeira de Mello, o administrador *deve* motivar apenas os atos administrativos em que a lei exigir motivação. Todavia, a jurisprudência mais recente do STF vem caminhando no sentido de que todos os atos administrativos devem ser motivados. Isso porque o administrador ocupa função pública e, portanto, deve agir pautado no interesse público. A exposição dos motivos de seus atos serve à sociedade, e, ademais, ao controle de legalidade.

Para verificar a legalidade do ato administrativo, deve-se verificar, entre outros requisitos a causa (pressuposto lógico) entre o motivo e o conteúdo do ato. É essa relação lógica que acusará a moralidade do ato. Independentemente de parentescos ou influências, se houver essa relação lógica, haverá a moralidade e a impessoalidade do ato administrativo.

Na realidade, acredito que seja esse o efeito que o STF busca obter por força de Súmula Vinculante número 13, mas que talvez só possa ser efetivamente obtido com a análise de legalidade do caso concreto.

Pelo exposto, afora as questões em busca dos contornos do exercício do controle, uma consequência que importa diretamente para este trabalho, efetivamente produzida

pela decisão da Corte, sem que se possa afirmar empiricamente se para o bem ou para o mal, foi o cerceamento da competência discricionária da Administração Pública para a matéria em questão.

5.3 Discricionariedade e política pública no RE-AgR 410.715

O presente agravo em recurso extraordinário data de 2005 e tem como Min. Relator Celso de Mello, figurando como agravante o município de Santo André em face ao Ministério Público do Estado de São Paulo. No caso, o município, por meio de decisões judiciais, se via compelido a fornecer matrículas em creches e em pré-escolas para crianças, sendo que tais julgados pautavam-se no “direito a educação infantil”, fundamentado no art. 208, inciso IV, da Constituição Federal.

Vale colacionar a sustentação da parte agravante, em suas razões recursais, para melhor compreensão da questão debatida:

“Os deferimentos das medidas liminares e das R. Sentenças obrigando as matrículas de crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não pode vigorar, pois essa disposição configura indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, o que difere do poder jurisdicional daquele em analisar a legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração.”

A questão ‘sub judice’ envolve controvérsia de alta relevância constitucional, superior ao teor de Súmulas, e a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches envolve questões de orçamento e disponibilidade do Erário Público, com dotação específica para a implementação de meios à concretização das medidas pleiteadas, o que impõe a intromissão do Judiciário nos poderes discricionários do Executivo, violando, sobremaneira, o já mencionado art. 2º do Texto Fundamental.” (grifo próprio, pág. 4)

Convém ressaltar que, por mais rico que o tema possa ser, desviaria dos objetivos deste trabalho tecer maiores reflexões sobre a questão das políticas públicas,
[Digite texto]

dos direitos públicos subjetivos e da intervenção do Poder Judiciário no Executivo, quando da apreciação dessas questões. O que cabe nesta análise é pesquisar, dada as razões recursais apresentadas, se no presente julgado se impõe, ou não, limites e contornos para a competência discricionária da Administração.

Em contraposição aos argumentos do município, o Min. Relator declara ser dever jurídico social viabilizar em favor das “crianças de zero a seis anos de idade”²⁴ o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, vez que o direito a educação é público subjetivo de “alto significado social e irrecusável valor constitucional” (pág. 7).

Citando Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, o Min. defende uma discricionariade governamental limitada em tema de concretização das políticas públicas constitucionais:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

²⁴ Após a Emenda Constitucional nº53/2006, a creche e pré-escola deve ser fornecida para crianças de até 5 anos de idade.

Do texto supracitado apreende-se que a competência discricionária foi reconhecida para o tema. Todavia, tal competência não envolve a plena liberdade para o administrador fazer um juízo de conveniência e oportunidade para a produção do ato, vez que, por se tratar de política pública veiculada constitucionalmente, sua margem de discricionariedade não contemplaria o não fazer.

No julgado o Min. Relator reconhece as limitações impostas pela “reserva do possível”, como faz prova o seguinte trecho:

“Não se ignora que a realização dos direitos econômicos e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.”

Embora o Min. reconheça que a realização imediata do direito em questão dependa da possibilidade orçamentária da pessoa estatal, a comprovação, ou não, dessa possibilidade não aparece no julgado. Ao que parece, o Min. Relator faz apenas uma consideração em abstrato sem a utilizar para a análise do caso concreto.

Não bastasse a ausência de comprovação em concreto da situação do município, o Supremo lança críticas, presumidas, dado a falta de elementos objetivos, à Administração. Vale a transcrição:

“(…) o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favos das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo

Poder Público, notadamente do Município (CF, art. 211, parágrafo 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da CF, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável (...).” (pág. 20)

Por unanimidade de votos a Turma negou o provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Para afastar a alegada discricionariedade a Corte argumentou pelo caráter de fundamentalidade de que se acha impregnado o direito à educação (pág. 17), além de invocar a dignidade da pessoa humana, a fim de autorizar a adoção pelo Judiciário de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, não cabendo à Administração “tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.” (Min. Marco Aurélio, pág. 19)

6. Comparação entre os julgados

Com o intuito de facilitar a comparação de alguns pontos que penso centrais na argumentação entre julgados, elaborei quatro tabelas, contrapondo dois argumentos sobre o mesmo tema em cada um. Os argumentos foram extraídos do Cap. 4 e 5, tratando da forma de controle do ato nas duas primeiras tabelas, e mais propriamente do entendimento sobre a discricionariedade nos dois últimos:

A escolha desses quatro temas e dos julgados que os exemplificam se justifica por, ao longo do desenvolvimento da pesquisa, terem sido esses a apresentarem pontos mais acentuadamente controversos.

Motivação	
RE 97.693 de 1996	RE 225.602, de 1998 e 222.330, de 1999
<p><i>“Se estava na intenção do Poder Municipal dar finalidade além desta, deveria tê-lo explicitado na motivação do decreto. Não o fazendo, <u>não iremos enxertar, aqui, outras finalidades que possam dar conotação de interesse público ao caráter expropriatório.</u>”</i></p> <p>Min. Relator Néri da Silveira</p>	<p>Um dos aspectos que se sobressai na análise dos julgados citados, referente à motivação, é o fato de que nas hipóteses em que a Corte fez o seu controle, <u>a motivação encontrada foi a da avaliação dos Ministros para o caso concreto, e não a da Administração, vez que a esta não forneceu nenhuma.</u></p> <p>(pág. 37)</p>

Nesses três recursos extraordinários está se discutindo a motivação do ato administrativo. Todavia, ela é tratada de forma diametralmente oposta no primeiro caso quando comparado com o segundo. Assim, no caso do RE 97.693 o Supremo, ao se deparar com um decreto de motivação lacônica, ou seja, um ato administrativo no qual

não se via apontadas as finalidades públicas perseguidas, se viu proibido de enxertar finalidades que pudessem suprir a conotação de interesse público do ato, invalidando-o.

Já no segundo caso, os ministros enxertaram finalidades no ato administrativo que não continha nenhuma, vislumbrando argumentos econômicos e sociais para a justificação do ato.

Não penso que isso seja uma tendência do Supremo a de decidir como no segundo caso. Antes, penso que a diferença de tratamento reside na diferença das próprias matérias abordadas. Enquanto o primeiro RE trata de desapropriação por decreto do poder municipal, que, ao que tudo indicava, iria beneficiar uma empresa particular, embora pudesse haver, como admitido pelos Ministros, interesse público, desde que demonstrado na motivação do decreto; os dois últimos recursos tratam do Imposto sobre a Importação de Produtos Estrangeiros, havendo para esse tipo de matéria uma tendência a não invalidar os seus atos administrativos veiculadores.

Ativismo	
RE 97.693 de 1996	Súmula do Nepotismo
<p>“(…) sem embargo da minha confessada saturação com uma tendência crescente de intervenção judiciária em assuntos que não deveriam exceder a alçada daqueles que, eleitos pelo povo, exercem funções políticas, o fato é que, neste caso (…) a situação é fronteira, e percebo que faz sentido, aqui, dar corretivo judiciário à ação de governo.”</p> <p>Min. Francisco Rezek</p>	<p>O que a Súmula trouxe foi à restrição de direitos, tanto para o administrador quanto para o administrado, com o objetivo de tentar minimizar uma situação de abuso (...). Mas a questão que exsurge é se a ordem jurídica realmente precisava ser mudada pela súmula, em outras palavras, seria o abuso do direito suficiente para suprimi-lo? Ou suprimido deveria ser apenas o abuso?</p> <p>(pág. 41 – reflexão do presente trabalho)</p>

Neste quadro, há a comparação entre duas visões da Corte sobre seu papel frente aos demais Poderes. No primeiro caso, percebe-se maior parcimônia do STF para se envolver em assuntos que competem precipuamente àqueles que exercem funções

políticas. Já no segundo caso, o papel ativo do Supremo é muito mais evidente e sua intervenção no Executivo é total, despontando na mudança da ordem jurídica.

É largamente afirmado que o poder de cúpula do Judiciário vem exercendo papel cada vez mais ativista. Com base neste trabalho, com respeito ao assunto aqui tratado, é possível afirmar que a avaliação é procedente, fazendo prova tanto a Sumula nº 13, quanto tantos outros julgados aqui trabalhados²⁵

Mérito	
RMS 24.699 de 2004	RE 149.659 de 1995
“O poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade (...)” Min. Relator Eros Grau	“A isenção fiscal decorre do implemento de política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista interesse social. É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade.” Min. Paulo Brossard

Neste quadro está uma das diferenças mais marcantes de tratamento dos atos administrativos discricionários. A análise do mérito no RE 149.659, que cuida do IPI, é absolutamente rechaçada apenas com a constatação de que o ato está abarcado pela competência discricionária.

Já no RMS 24.699, a constatação de que o ato foi exercido no âmbito da competência discricionária, não afasta, de nenhuma maneira, a possibilidade do controle judicial, que será exercido não só em termos de legalidade estrita, como pautado pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

²⁵ O comportamento ativista pode ser demonstrado pela redução da discricção da Administração, principalmente quando fundamentada nos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, como nos RE 192.568, cujo Min. Marco Aurélio foi Relator, e no RE 273.605, tendo como relator o Min. Néri da Silveira. Também pode se perceber tal comportamento na utilização de princípios constitucionais, como ocorre nos: RE-AgR 410.715, RMS 24.699, AI – AgR 463.646, RE-AgR 205.535,

Por razões semelhantes às demonstradas com os julgados citados em referência no quadro anterior, é possível afirmar que há uma tendência do STF, já de longa data, a analisar o mérito do ato administrativo.

Discricionariedade	
RE 344.331	RE-AgR 410.715
<p>“Será que, se levado ao limite o argumento da Ministra Ellen Gracie, poder-se-ia extrair deste acórdão a conclusão de que o entendimento da corte, no que concerne à sua competência para revisar questões de mérito de todo e qualquer ‘ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade’, é inexistente?”</p> <p>Marina de Santana (2007: 28)</p>	<p>Para afastar a alegada discricionariedade a Corte argumentou pelo caráter de fundamentalidade de que se acha impregnado o direito à educação, além de invocar a dignidade da pessoa humana, a fim de autorizar a adoção pelo Judiciário de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, não cabendo à Administração “tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.”</p> <p>(pág. 43)</p>

Neste quadro, também se apresentam duas posições muito divergentes a respeito do tratamento da discricionariedade. Quando da análise do RE 344.331, e demais julgados que se apresentaram no mesmo sentido, a pesquisadora Marina de Santana chegou a indagar-se se a competência da Corte para revisar questões de mérito era inexistente.

Conclusão bastante divergente é possível encontrar já no RE-AgR 410.715, no qual, mesmo tendo a Municipalidade alegado intervenção no seu juízo de conveniência e oportunidade, o Supremo se viu absolutamente competente para controlar o mérito do ato, fundando-se em princípios constitucionais e afastando alegações sobre a reserva do possível.

7. Conclusão

Cabe inicialmente ponderar que se poderia pensar estar a Administração Pública gozando cada vez mais de liberdade para agir, dado o caráter principiológico, genérico e a existência de conceitos fluidos que caracterizam atualmente a normatividade, de forma geral. Mas não. Tais características normativas também constam na Constituição, fato que vem aumentando o controle judicial em detrimento da discricionariedade administrativa.²⁶

O desenvolvimento deste trabalho permite concluir pela mudança da forma do controle judicial nos atos administrativos discricionários e pela limitação dessa discricionariedade. Tal conclusão imerge da comparação entre os julgados mais recentes, nos quais se observa a predominância dos postulados²⁷ da razoabilidade e da proporcionalidade, e do uso de princípios constitucionais diversos, na justificação do controle, enquanto que nos julgados da década de 60 e 70 a revisão era fundamentada em termos de legalidade.

Respondendo a pergunta inicial do trabalho, atinente aos parâmetros empregados pelo STF para o controle dos atos administrativos discricionários e a verificação de uma constância nesses parâmetros, é possível enumerar alguns instrumentos de controle.

Primeiramente, podemos citar a utilização da **legalidade ampla**, incluindo não apenas a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, mas também os motivos e os pressupostos de direito e de fato, tal como apontado no RE-AgR 205.535/98, tratado no tópico da *finalidade*. A motivação também está abarcada por este conceito maior de legalidade, como fazem crer os julgados mais recentes, em consonância com o atual Estado de Direito, no qual a Administração deve motivar seus atos conforme a finalidade pública. A finalidade, quando revestida de imoralidade,

²⁶ Sobre o tema ver Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras, Marcos Paulo Veríssimo, em obra coletiva “O Poder Normativo das agências reguladoras”, 1º edição, 2006, Companhia Editora Forense.

²⁷ Segundo Humberto Ávila, em Teoria dos Princípios, pág. 179, a razoabilidade e a proporcionalidade não são princípios, mas postulados, ou seja, é uma “norma que estrutura a aplicação de outras”. Os postulados, de acordo com o autor, situam-se no segundo nível, enquanto que as normas objetos de aplicação situam-se no primeiro nível; indicam a estrutura da aplicação de outras normas, e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção de fins, se forem princípios; e, quanto ao destinatário, os postulados dirigem-se aos aplicadores, e as normas a quem deve obedecer a elas.

também viola o princípio da legalidade, conforme tratado, por exemplo, no AI-AgR 312.488/02. Ainda, dentro da legalidade em sentido amplo, há o dever de obediência da Administração às decisões judiciais, como declarado no MS 20.861/90, abordado no item da *legalidade*.

Em segundo lugar, como instrumento para o controle da competência discricionária dos atos administrativos, está a utilização dos **princípios constitucionais**, com uso claramente demonstrado na análise da súmula de nº13, na qual o princípio da moralidade administrativa, independente de lei que regulasse o assunto, foi utilizado para proibir a contratação em cargo em comissão, nos casos lá previstos.

Em terceiro lugar, despontam os **postulados da razoabilidade e da proporcionalidade** como instrumentos bastante constantes na jurisprudência mais atual da corte, como fazem prova muitos dos julgados analisados, entre eles, o RMS 24.699/04, tratado no item dos *limites ao controle*.

Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade²⁸ cada vez mais são usados como instrumentos de controle dos atos da Administração Pública. Sua aplicação, entretanto, vem suscitando muitos problemas, pois raramente²⁹ se encontra na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diferenciação na utilização das expressões. Conseqüentemente, há uma confusão nos exames concretos, nos elementos e parâmetros de cada tipo de exame, o que acaba por fragilizar as decisões.

Explica-se. O exame da proporcionalidade pode servir para combater a prática de atos arbitrários, mas se a investigação da proporcionalidade não se evidenciar, a arbitrariedade acaba por se configurar na atuação do próprio Judiciário. As justificações desses exames são diferentes e podem levar a resultados diversos.

Pelo princípio da separação dos poderes e da legalidade entendo que a intensidade de controle das decisões adotadas pela administração deve estar atrelada a uma demonstração objetiva e fundamentada de que a Administração escolheu meio

²⁸ Como faz crer, por exemplo, o RE-AgR 205.535, no qual o Min. Marco Aurélio declara: “*Eis um caso exemplar de exame do tema sob a esfera da razoabilidade*”

²⁹ A exceção é devida principalmente ao Min. Gilmar Mendes, que explicita o conteúdo do postulado usado. Todavia, convém destacar que mais importante que a demonstrar as características do exame, é evidenciar como ele se aplica no caso concreto.

absolutamente inadequado para alcançar determinado fim, para que se possa conduzir à invalidação do ato administrativo.

Não considero que decidir com postulados e princípios constitucionais seja, a priori, melhor ou pior do que decidir pela estrita legalidade. O problema reside muito mais na argumentação construída e na demonstração do exame feito, de modo que, se isto não for feito, certamente o *controle* do controle, ou seja, a averiguação da legitimidade do ato de revisão judicial, restará prejudicada.

Na contramão do que é largamente afirmado na doutrina, o próprio STF declarou que vai à análise do mérito do ato administrativo³⁰, sem, todavia, com a intenção de substituí-lo. Ademais, penso que a própria utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade torna impossível à Corte decidir sobre um ato administrativo discricionário sem analisar o mérito deste ato. Assim, o exame da adequação, da necessidade e da razoabilidade muito se aproxima da análise de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário.

Para responder sobre a constância dos instrumentos e argumentação empregados pelo STF no controle dos atos administrativos discricionários, de grande valia é a já citada monografia de Marina de Souza Santana (*“A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF”*), quando comparada com as conclusões alcançadas pelo presente trabalho.

Basicamente, a análise da autora permitiu-a concluir, praticamente, pela inexistência da competência do STF para revisar questões de mérito de todo e qualquer ‘ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade’.

Em prol da governabilidade e do implemento das políticas fiscais, sociais e econômicas, o STF se considerou impossibilitado de analisar o mérito dos atos discricionários em matéria de impostos. Em suma, os atos que estiverem imbuídos de alguma função política, e, por isso, fundamentados em juízo de conveniência e

³⁰ RMS 24.699.

oportunidade do Poder Executivo, não são passíveis de serem controlados pelo Judiciário naquilo que concernir ao seu mérito.

A autora objetivava, com o estudo dos casos que escolheu, concluir indutivamente pela quase inexistência da atuação do STF em todos os casos em que a competência discricionária da Administração estivesse em pauta.

Este trabalho, todavia, chegou a conclusões divergentes, havendo, inclusive, a afirmação peremptória da corte de ela vai “à análise do mérito”, de modo que só é possível concluir pela inconstância das decisões da corte relativas ao controle dos atos administrativos discricionários.

A *inconstância* do tratamento jurisprudencial parece variar com o tempo e também com a matéria tratada. A variação com relação ao tempo se mostra na comparação dos julgados mais antigos em relação aos mais recentes. Nas décadas de 60 e 70 parece que o STF não se imiscuia no mérito dos atos administrativos, deixando grande liberdade para o atuar da Administração, seja por motivos de tradição, seja pela atuar da corte se caracterizar mais pela legalidade estrita. Já os julgados mais atuais, em geral, demonstram um papel muito mais ativo do Judiciário, que não deixa de analisar o mérito do ato administrativo.

Em relação à matéria, a argumentação jurisprudencial varia bastante. Como visto, enquanto que em matérias de impostos a corte se vê defesa para analisar o mérito do ato, em se tratando de outras políticas públicas, como a educação infantil, seu atuar é completamente diverso: o STF não deixou nenhuma margem de liberdade para a Administração, ordenando que desde pronto ela cumprisse a decisão proferida, quantitativa e qualitativamente. Também nas contratações para cargo em comissão, o mérito do ato não foi somente analisado, mas o STF chegou a inovar na ordem jurídica da matéria, criando proibições.

Por fim, sem prejuízo de perceber a importância do exercício do controle judicial nos atos administrativos discricionários, a fim de coibir práticas abusivas³¹, acredito que a proporcionalidade e a razoabilidade exercem papéis mais relevantes num momento

³¹ Nos termos da ADI MC 293, cujo Min. Relator foi Celso de Mello, pág. 14: “A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.”

anterior ao do controle, ou seja, são imprescindíveis no momento da decisão administrativa. Apoiando-me nas palavras de José Roberto Pimenta Oliveira (2006:200):

“(...) Impõe ao agente o dever de atenta consideração à situação sobre que versa sua atuação, uma compreensão estrutural e axiológica dos problemas, com vistas a dinamizar e adequar a decisão administrativa ao que o Direito postula em face de sua compostura. Atribui ao exercente da função administrativa o dever de contínua e crescente otimização do exercício das prerrogativas instrumentais titularizadas, para que em cada situação a competência administrativa se transforme na via perfeita de alcançar a finalidade pública perseguida, com o respeito dos interesses individuais, coletivos, difusos e públicos alcançados pela atividade realizada.”

8. Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 190 p.

BANDEIRA DE Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 1035 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998*. São Paulo: Atlas, 2001. 180 p.

OLIVEIRA, José R. Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, Coleção Temas de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 582 p.

SOUZA, Marina de Santana. Monografia: *A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II e IPI na jurisprudência do STF*, São Paulo: 2007. 57 p.

9. Acórdãos citados

ADI 432

MS 20.861

MS 20.021

MS 11.792

MS 16.807

MS 23.310

RMS 24.699

RE 75.421

RE 13.4297

RE 131.661

RE-AgR 205.535

RE 97.693

RE 78.229

RE 64.559

RE 149.659

RE 140.669

RE 344.331

RE 225.602

RE 222.330

RE 192.568

RE 273.605

RE-AgR 410.715

RE-AgR 205.535

AI-AgR 142.348

AI-AgR 138.344

AI-AgR 630.997