

O ATO ADMINISTRATIVO E SEU CONTROLE

Giovanna Garbeloto TAFARELO¹

Jefferson Fernandes NEGRI²

RESUMO: Os atos administrativos possuem atributos que facilitam o alcance do interesse público. Quando atua, o Estado o faz vinculado ao interesse público, sendo irrelevantes os seus próprios interesses. O interesse público é exteriorizado pela lei, devendo ela ser o norte do Estado quando do exercício de suas funções. Para evitar condutas abusivas e arbitrárias e, conseqüentemente, resguardar o interesse do povo, têm-se o controle de legalidade e o controle de mérito dos atos administrativos.

Palavras-chave: Ato. Administrativo. Vinculado. Discricionário. Controle. Legalidade. Mérito.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público Interno, cujos princípios e normas regulamentam o exercício da atividade estatal, especialmente a função administrativa.

É função típica do Poder Executivo o exercício da função administrativa e a conseqüente prática dos atos administrativos. Em que pese seja sua função precípua, os demais poderes (Legislativo e Judiciário) também estão legitimados a praticarem atos dessa natureza, porém, no exercício de suas funções atípicas, isto é, “quando ordenam seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência” (MEIRELES, 2008, p. 152).

Os elementos, as características e o regramento dos atos administrativos são sempre os mesmos, sendo irrelevante se o ato foi praticado pelo Poder Executivo ou pelos demais Poderes Federativos.

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru – ITE e Docente de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Civil das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

Em razão disso, apesar de se falar sempre na Administração Pública como expedidora do ato, o objetivo do presente trabalho é abordar os aspectos relevantes do ato administrativo, seja ele praticado Poder Executivo, no exercício de suas funções típicas, ou pelos demais Poderes Federativo, no exercício de suas funções atípicas.

1 ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Conceito

A lei não definiu o conceito de ato administrativo, deixando-o para os estudiosos de direito.

Pode se afirmar que o ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico. O art. 81 do Código Civil de 1916 conceituava ato jurídico como “todo lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Para que se possa fazer uma distinção entre o gênero (ato jurídico) e a espécie (ato administrativo), basta que se acrescente o Estado como expedidor do ato e o regime jurídico de direito público a que este ato se submete, o que inclui a finalidade do interesse público a atingir.

Para Hely Lopes Meireles, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (2008, p. 152).

Do conceito, verifica-se que nem todos os atos praticados pela Administração são considerados atos administrativos.

Para o serem, não basta que a manifestação seja unilateral. É preciso que a Administração, ao praticar o ato, esteja investida em função administrativa, ou seja, esteja atuando sob o regime jurídico do direito público.

Assim, somente será “ato administrativo” aquela atitude praticada pela Administração que for regida pelas normas do regime de direito público. Qualquer

manifestação que não tenha o objetivo de tutelar e atender ao interesse público será considerada outro ato, que não administrativo.

Exemplificando: quando emite um cheque, a Administração é colocada em situação equiparada ao particular, razão pela qual a simples emissão de um título de crédito não pode ser considerada ato administrativo, já que desprovida de interesse público.

Do mesmo modo, não são atos administrativos os atos de governo, também chamados de atos políticos, os quais “inegavelmente trazem repercussões jurídicas, mas não se inserem no conceito de ato administrativo, porque possuem predominância política no tocante à finalidade por eles almejada” (PESTANA, 2008, p. 216).

1.2 Atributos ou características

A espécie “ato administrativo” possui atributos, características que lhes são peculiares e exclusivas e, portanto, não estão presentes nos demais atos jurídicos.

Tais atributos são desdobramentos de um princípio que rege o direito administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público. Em razão deste, é possível afirmar que os interesses da coletividade se sobrepõem aos interesses individuais, justificando o fato de o Estado não atuar de igual para igual com o particular.

Assim, “tanto as limitações que a tolhem, quanto os favores que a adornam não visam senão a conformá-la e habitá-la ao rigoroso alcance de seus fins” (MELLO, 2010, p. 417), uma vez que sem essas prerrogativas, o Estado “não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular” (2007, p. 183).

Dentre tais atributos, ressaltam-se a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a auto-executoriedade e a tipicidade.

1.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade

O atributo de presunção de legitimidade, também conhecido como presunção de legalidade ou de veracidade, significa, basicamente, que, até que se prova o contrário, o ato administrativo praticado pela Administração presume-se válido e eficaz para o Direito.

Estas presunções têm o escopo de garantir segurança jurídica, celeridade e eficiência aos atos administrativos, pois desde o seu nascimento, o ato já estará hábil a produzir seus efeitos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há cinco fundamentos que justificam essas presunções (2007, p. 183):

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. O fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. A necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular;
4. O controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. A sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

Ambas as presunções são relativas, isto é, admitem prova em contrário. No entanto, embora sejam dotadas dessa característica comum, não se pode afirmar que se tratam de expressões sinônimas.

Pela presunção de legitimidade, “presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei” (DI PETRO, 2007, p. 183); pela presunção de veracidade, “presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração” (DI PETRO, 2007, p. 183).

Elas resultam na inversão do ônus de agir e do ônus da prova. O ônus de agir se inverte porque caberá ao interessado provocar o Poder Judiciário, buscando a anulação do ato que a seu ver for contrário à lei. Em razão da inversão do ônus da prova, caberá ao interessado demonstrar a existência de vício que macule o ato praticado.

1.2.2 Imperatividade

A imperatividade, por sua vez, é a capacidade que o ato administrativo tem de constituir, unilateralmente, obrigações aos administrados. Assim, para vincular os administrados, a concordância ou anuência destes é irrelevante, uma vez que os eles estão compelidos a suportar os efeitos do ato administrativo.

Os particulares possuem apenas o poder de auto-obrigação, não podendo criar obrigações para terceiros sem a manifestação de vontade destes. É o chamado poder introverso.

A Administração Pública, por agir visando o interesse da coletividade, tem o poder de criar obrigações tanto para si quanto para outrem, ainda que de forma unilateral.

Justamente por isso, Renato Alessi chama a imperatividade de poder extroverso, já que ela “permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações” (*apud* MELLO, 2010, p. 419).

Contudo, nem todos os atos administrativos são dotados deste atributo. É o caso dos atos que conferem direitos solicitados e dos atos meramente enunciativos. Tais atos não impõem qualquer tipo de obrigação ao administrado: naqueles, o próprio administrado solicitou uma decisão da Administração; nestes, o ato apenas declara a existência de um direito, por exemplo.

1.2.3 Auto-executoriedade

Em razão da auto-executoriedade, “o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2007, p. 185).

Para uma melhor elucidação, a auto-executoriedade pode ser subdividida em exigibilidade e executoriedade.

A exigibilidade possibilita à Administração Pública colocar em prática aquilo que decidiu, sem que tenha que recorrer ao Poder Judiciário, através de

meios indiretos de coação, ou seja, de punições administrativas. A executoriedade, a seu turno, possibilita à Administração o uso de meios diretos de coação, como a força física.

A executoriedade propriamente dita existirá apenas quando estiver prevista expressamente na lei ou quando a execução imediata do ato for indispensável para resguardar o interesse público. Portanto, ela “é um plus em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios” (MELLO, 2010, p. 420).

Hely Lopes Meireles, em que pese não distinga expressamente executoriedade e exigibilidade, afirma que executoriedade e auto-executoriedade não são expressões sinônimas, “porque o prefixo ‘auto’ é o que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração. Executoriedade não tem, pois, o mesmo significado de auto-executoriedade, que é o atributo de certos atos administrativos” (2008, p. 164).

1.2.4 Tipicidade

Por fim, pelo atributo da tipicidade, o ato administrativo deve se ajustar àquele estipulado em lei para atender àquela finalidade legal, isto é, “para cada finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei” (DI PIETRO, 2007, p. 186).

Por trás de todo e qualquer ato administrativo, existe uma norma de direito que o legitima e o individualiza, o que significa dizer que o fundamento do ato é justamente a validade da lei. Para tanto, o ato administrativo praticado deve se amoldar àquele padrão abstrato imposto pela sua base de sustentação.

Percebe-se, portanto, que este atributo possui ligação com o princípio da legalidade, garantindo ao administrado que o administrador não vai praticar atos imperativos e autoexecutórios sem que haja previsão legal.

1.3 Elementos

Em que pese as divergências doutrinárias sobre o assunto, predomina o entendimento clássico, defendido por Hely Lopes Meireles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que o ato administrativo é composto por cinco elementos, também chamados de requisitos: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

Esta corrente se baseia no fato de o legislador, quando editou a Lei n. 4.717, em 1965, no seu art. 2º, ter estabelecido que seriam nulos os atos que contivessem incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de finalidade.

Quando assim o estabeleceu, como a maioria da doutrina, o legislador elencou os cinco elementos do ato jurídico. Contudo, tratou o sujeito como mera competência.

1.3.1 Sujeito

No direito privado, nos termos do artigo 104 do Código Civil, para que o ato jurídico seja válido, basta que o seu sujeito tenha capacidade.

Contudo, como o ato administrativo é um ato jurídico especializado, o sujeito, aqui, além de ser capaz, deve ser competente. Em razão disso, a expressão competência é falha, pois não abrange a capacidade também exigida.

Enquanto a capacidade é regulada pela legislação civil, a competência das pessoas políticas é estabelecida pela Constituição Federal, sendo que as leis infraconstitucionais distribuem tais funções entre os órgãos administrativos e, conseqüentemente, entre seus agentes públicos.

Dentro da Administração Pública, têm-se dois tipos de órgãos: os que são criados por leis e os que são criados pela própria Administração. Dentre eles, “somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em lei” (DI PETRO, 2007, p. 189), ou seja, a incompetência meramente administrativa não é suficiente para ensejar a nulidade do ato praticado.

A competência exigida para a prática do ato administrativo tem natureza de ordem pública, não podendo ser alterada pelas partes ou renunciada, muito menos presumida, uma vez que deve ser expressamente outorgada pela lei.

Mesmo que o agente a quem ela foi outorgada não a utilize, a competência não será transferida a outrem, nem será extinta, a não ser por vontade da própria lei.

Assim, não é qualquer pessoa que possui competência para praticar o ato administrativo, mas somente quem a lei determina que o é.

1.3.2 Objeto

O objeto, também chamado de conteúdo, “é o efeito jurídico imediato que o ato produz” (DI PIETRO, 2007, p. 189). É aquilo que se cria, que se modifica, que se extingue.

Assim como no direito privado, o objeto deve ser lícito, “deve guardar estrita conformação com o quanto a respeito a lei dispuser” (PESTANA, 2008, p. 218); deve ser possível, isto é, realizável; deve ser certo, definido quanto aos destinatários, aos efeitos, ao tempo e ao lugar; e deve, também, ser moral.

Sobre a licitude do conteúdo, Celso Antônio Bandeira de Mello vai além, afirmando que ele deve ser “permitido ou imposto, conforme o caso, pela lei. É que pelo princípio da legalidade no Direito Administrativo (...), exige não apenas relação de não-contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, de conformidade com a lei” (2010, p. 394)

1.3.3 Forma

Analisando o art. 104 do Código Civil, verifica-se que a validade do ato jurídico regulado pelo direito privado requer forma prescrita ou não defesa em lei. O ato jurídico administrativo, ao contrário, não possui tal liberalidade, devendo sempre possuir forma estritamente prevista em lei.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento” (2007, p. 192).

Assim, a forma, em sentido amplo, é o modo pelo qual o ato se exterioriza. Em sentido estrito, além de ser a exteriorização, envolve os procedimentos, as formalidades prévias exigidas quando da prática do ato.

Normalmente, a forma do ato administrativo é a forma escrita, mas são admissíveis tanto as ordens verbais, como as do superior para o subalterno, quanto os sinais convencionais, como é o caso dos sinais de trânsito, e o silêncio, quando a lei atribuiu alguma conseqüência a ele.

O efeito da inobservância da forma é a nulidade do ato, já que a forma do ato administrativo configura uma garantia jurídica não só para o administrado, mas também para a Administração Pública. É a forma que faz com que o ato praticado pela Administração Pública se revista de fé-pública. Logo, deve ela ser estritamente observada.

Contudo, conforme disciplinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “violação de normas de mera ‘padronização’ acarretará apenas sanção para o agente faltoso (...), mas nenhuma interferência terá quanto à validade do ato” (2010, p. 412 e 413).

1.3.4 Motivo

O motivo, a seu turno, é o pressuposto de fato e de direito que embasa a prática do ato. Pressuposto de fato são as circunstâncias ocorridas, enquanto o pressuposto de direito é o fundamento legal que embasa o ato.

Também ligada ao motivo, está a motivação, que é a exposição dos motivos que levaram a Administração Pública a praticar determinado ato.

Percebe-se, portanto, que o motivo é o conteúdo da motivação e a motivação é a demonstração de que o motivo se subsume à lei. Por tal razão, em que pese os posicionamentos em contrário, a motivação se faz necessária tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários.

O raciocínio de Celso Spitzcosky, sobre o assunto, é bem pertinente. Analisando o art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de o Poder Judiciário fundamentar todas as suas decisões, ele afirma que “se até mesmo para o exercício de funções atípicas pelo Judiciário a Constituição Federal exige a fundamentação, a mesma conclusão se aplica, com maior razão, para a Administração Pública quando no exercício da sua função típica ou principal” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 47).

Com efeito, o ato é vinculado quando a lei estabelece, “previamente, um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, não existindo, pois, nenhum espaço para a realização de um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). Por exemplo, quando uma servidora que está grávida formula pedido de licença gestante, o administrador é obrigado a conceder a licença pelo prazo de 120 dias. O pressuposto de fato, aqui, está previsto legalmente e, quando o ato for expedido, deve-se expor este fato, uma vez que a prática do ato está condicionada à sua existência.

No ato discricionário, por sua vez, “a lei não prevê um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, abrindo, por consequência, espaço para que o administrador estabeleça um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). Exemplo típico é a escolha da punição que será imposta ao servidor que comete uma infração: o administrador deve fazer um juízo de valor sobre a gravidade da infração, os danos suportados, para então escolher a punição que será imposta ao infrator. Neste caso, há uma discricionariedade, uma liberdade de atuação do administrador, que pode escolher entre um ou outro objeto do ato administrativo, desde que respeite os limites legais.

No entanto, em que pese se faça necessário em ambos os atos, não se pode negar que é no ato discricionário que a motivação se faz mais relevante, pois a escolha do administrador deve ser justificada, de modo que reste demonstrado que a escolha do conteúdo do ato se deu com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A relevância do motivo, para o ato administrativo, fica evidenciada, inclusive, pela teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, “a partir do instante em que o ato foi editado, devidamente acompanhado dos motivos que deram origem, fica o administrador vinculado a eles durante sua execução, não

podendo deles se afastar, como regra geral” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 48). Assim, se os motivos argüidos forem inexistentes ou não forem verdadeiros, o ato poderá ser anulado.

Outrossim, importante trazer à baila os ensinamentos de Márcio Pestana acerca da distinção entre motivo e móvel (2008, p. 224):

Motivo é um evento ou fato que transcende o próprio emissor do ato administrativo; móvel, diferentemente, é a vontade da autoridade emissora do ato administrativo (...). Nos atos administrativos vinculados, em que o comportamento a ser adotado é um só, tal como definido em lei, o móvel é de diminuta importância para o exame do ato administrativo (...). Já naquelas situações que comportem apreciação subjetiva do agente público, ensejadoras de atos administrativos discricionários, a vontade – ou o móvel – torna-se mais avantajada, pois fará aflorar um ato administrativo que, segundo a vontade do próprio agente, em cotejo com os perímetros normativos estabelecidos no caso, e diante dos eventos ou fatos ocorridos, materializará um ato ótimo, ou seja, um ato administrativo que melhor se amolde à situação então colocada.

1.3.5 Finalidade

Por fim, tem-se o elemento finalidade, que corresponde ao bem jurídico objetivado pelo ato administrativo e subdivide em finalidade genérica e finalidade específica.

A finalidade genérica é idêntica para todo e qualquer ato administrativo e consistente no atendimento do interesse público.

A finalidade específica, por sua vez, como o próprio nome já diz, é específica para cada ato, que deve atender a finalidade especialmente prevista na lei, isto é, “por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal” (MELLO, 2010, p. 405).

Contudo, para que a finalidade específica seja válida, necessário que ela esteja em consonância com a finalidade genérica. Se ela for contrária ao interesse público, configurar-se-á desvio de finalidade, o que ensejará a nulidade do próprio ato.

Assim, a finalidade é o objetivo de interesse público pretendido com a prática do ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue o objeto da finalidade e esta do motivo (2007, p. 194):

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Celso Antônio Bandeira de Mello fala, ainda, em causa, que seria nada mais que o vínculo entre o motivo e o conteúdo do ato em função de sua finalidade. “Através da causa vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender” (MELLO, 2010, p. 409). É, pois, este pressuposto lógico que permite ao Poder Judiciário controlar a validade do ato em razão da sua razoabilidade e da sua proporcionalidade.

1.4 Classificação dos atos administrativos

Os atos administrativos podem ser classificados em razão de vários critérios.

Levando-se em consideração os destinatários do ato, ou seja, as pessoas que serão alcançadas pelos seus efeitos, Celso Spitzcovsky (2003, p. 85) afirma que o ato administrativo pode ser classificado como individual, quando seus destinatários são determinados. Aqui, há elevado grau de concretude, pois o ato praticado é dirigido a um determinado caso. Contudo, quando o ato administrativo é dotado de alto grau de abstração, sendo dirigido a uma quantidade indeterminável de destinatários, ele é chamado de geral.

Quanto ao âmbito de aplicação dos efeitos, o pode ser interno ou externo (SPITZCOVSKY, 2003, p. 85). Será interno quando produzir efeitos apenas

aos próprios servidores, na estrutura da própria Administração Pública. Será externo quando seus efeitos repercutirem nos direitos dos particulares.

No que tange ao seu objeto, Celso Spitzcovsky (2003, p. 86) classifica o ato como sendo de império se a Administração Pública fizer uso de sua superioridade quando praticá-lo. Por sua vez, será um ato de gestão se a Administração Pública adotar postura de igualdade em relação ao particular, casos em que o ato não possuirá nenhum dos atributos acima estudados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contudo, afirma que tal distinção já foi abandonada. Segundo ela, atualmente, fala-se em atos administrativos, regidos pelo direito público, e atos de direito privado da Administração: “só os primeiros são atos administrativos; os segundos são apenas atos da Administração, precisamente pelo fato de serem regidos pelo direito privado” (DI PIETRO, 2007, p. 205).

No que tange aos resultados criados para os administrados, diz-se que o ato é ampliativo, caso ele aumente a margem de ação do administrado, ou restritivo, quando ele a diminui.

Contudo, para o presente trabalho, a classificação mais importante é aquela que toma como critério o grau de liberdade da Administração quando da prática do ato administrativo. Segundo tal, o ato administrativo pode ser discricionário ou vinculado.

1.5 Vinculação e Discricionariedade

A Administração Pública, na prática dos atos administrativos, em determinados momentos, atua sem qualquer margem de liberdade, enquanto em outros lhe é conferida certa margem de liberdade de atuação.

Como supramencionado, o ato será vinculado quando a lei estabelecer, “previamente, um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, não existindo, pois, nenhum espaço para a realização de um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). O administrador será um mero aplicador da lei.

Contudo, se a lei deixar margem para certo subjetivismo, permitindo que a autoridade faça um juízo de valor da situação, segundo critérios subjetivos próprios, o ato praticado será discricionário.

Para saber se um ato a ser praticado é um ato vinculado ou discricionário, é necessário que se verifique a própria lei: se ela utilizar expressões como 'será', 'deverá', 'por critério vinculado', o ato a ser praticado é vinculado; de outra parte, se a lei fizer disser 'poderá ser', 'mediante faculdade', 'por critério de conveniência ou oportunidade da Administração', tem-se ato discricionário.

A ofensa à vinculação é fácil de ser verificada. A lei descreve um único comportamento possível diante de uma determinada situação e, se o administrador não o fizer, estará descumprindo a lei. É o caso da aposentadoria compulsória, disciplinada pelo art. 40, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual os servidores públicos serão aposentados compulsoriamente aos setenta anos de idade. Diante desta situação, não há opções de comportamento, a Administração é obrigada a aposentar o funcionário.

O ato discricionário é mais complexo, sendo três as hipóteses de ocorrência da discricionariedade.

A primeira diz respeito à escolha entre agir e não agir. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 199) cita como exemplo, o que ocorre quando é terminada uma licitação: o administrador pode escolher entre celebrar o contrato ou então revogar a licitação por razões de conveniência e oportunidade, caso ocorra um fato superveniente à abertura da licitação, que altere o interesse público.

A segunda hipótese de discricionariedade pode ocorrer na escolha do melhor momento para agir, segundo critérios de conveniência e oportunidade, pois "difícilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões" (DI PIETRO, 2007, p. 198). Ainda com a fixação de um prazo, persiste a discricionariedade, "porque dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe mais conveniente" (DI PIETRO, 2007, p. 199).

A terceira hipótese, por fim, diz respeito a cada um dos elementos do ato administrativo. Aqui, a pergunta que se faz é: o sujeito, o conteúdo, a forma, o motivo e a finalidade podem ser discricionários?

Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que não há ato propriamente discricionário, mas apenas "discricionariedade por ocasião da prática

de certos atos” (2010, p. 431), explica que “a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público”, razão pela qual o seu fim também estaria vinculado (MELLO, 2010, p. 431).

Com efeito, a lei sempre define quem é a autoridade competente para a prática do ato, não havendo, portanto, que se falar em discricionariedade.

No tocante à finalidade, uma doutrina clássica entende que a finalidade é sempre vinculada. Para esta parte da doutrina, todo ato administrativo deve atender ao interesse público.

No entanto, existe uma doutrina um pouco mais moderna, que afirma que, se a finalidade for tratada na lei através de conceitos vagos, pouco objetivos, como para resguardar a ordem pública, que admitem um juízo de valores, o ato também será discricionário. É a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 199) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 431).

A forma, por sua vez, normalmente é vinculada, pois a lei costuma dizer qual é a forma que deve se revestir o ato administrativo.

O motivo pode ser vinculado ou discricionário e, aqui, aplica-se o mesmo raciocínio que aplicado à finalidade: no caso de o motivo ser vinculado, a lei usará palavras precisas, objetivas. Contudo, se a lei, ao se referir o motivo, não o identificar através de conceitos precisos, mas sim através de conceitos vagos, o motivo será discricionário.

Do mesmo modo, o objeto pode ser vinculado ou discricionário. No caso do objeto vinculado, a lei estabelece qual o conteúdo que o ato deve ter para atender ao fim almejado. Contudo, nada impede que a lei trate o objeto de forma discricionária, como ocorre “quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa” (DI PIETRO, 2008, p. 201).

Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma simplificada, afirma que a análise da discricionariedade deve levar em consideração a própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade e o caso concreto (2010, p. 434 e 435): a análise da norma jurídica se faz necessária porque a vinculação ou a discricionariedade são constatadas através da própria lei (as normas que disciplinam atos vinculados descrevem os acontecimentos de forma objetiva e absoluta, além de

especificar e exigir um único e determinado comportamento da Administração, enquanto a norma reguladora de atos discricionários, por sua vez, não é precisa); o exame do caso concreto, a seu turno, se justifica porque “a lei, não podendo antecipar qual seria a medida excelente para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discricção, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição à finalidade da norma” (MELLO, 2010, p. 436).

Assim, percebe-se que a discricionariedade existe para “proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima” (MELLO, 2010, p 436), não sendo, portanto, uma mera liberdade para o Administrador decidir como bem entender.

2 CONTROLE DE LEGALIDADE E CONTROLE DE MÉRITO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue o controle de legalidade e o controle de mérito: “o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir” (2007, p. 201).

O controle de legalidade do ato administrativo é feito pela Administração Pública, que pode, inclusive, agir de ofício, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado. Se for verificado que o ato foi praticado contrariamente ao que estabelece a lei, o ato pode ser anulado, invalidado.

O controle de mérito, a seu turno, é feito apenas pela Administração Pública. Através deste, a Administração pode revogar um ato expedido. Assim, se entender que o ato não deve produzir ou não deve continuar produzindo seus efeitos, porque ele já não é interessante do ponto de vista do interesse público, por não ser conveniente ou oportuno, a Administração revoga o ato por ela praticado.

O Poder Judiciário, no entanto, não pode revogar o ato administrativo quando está no exercício da jurisdição, pois ele não possui poder para analisar os aspectos de oportunidade e conveniência do ato a fim de revogá-lo.

3 CONCLUSÃO

Os atos administrativos são revestidos de atributos que facilitam a Administração Pública atingir ao seu interesse primário, qual seja, o interesse público. Em razão destes atributos, a fim de se evitar uma postura abusiva e arbitrária do administrador, é indispensável que haja um controle dos atos praticados.

Este controle é realizado com base no grau de liberdade que é conferido pela lei ao administrador quando da prática do ato.

Quando a lei definir todos os elementos do ato administrativo, ter-se-á um ato vinculado. Quando o administrador puder escolher, dentre as opções legais, aquela que seja a melhor para o caso concreto, ter-se-á um ato discricionário.

Seja qual for a sua natureza, vinculado ou administrativo, sempre poderá haver controle de legalidade do ato por parte da própria Administração Pública ou por parte do Poder Judiciário, quando do exercício da jurisdição, uma vez que todo ato praticado deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico, sob pena de anulação ou invalidação.

Se o ato for discricionário, além do controle de legalidade, será possível fazer um controle de mérito, que nada mais é que a valoração da situação fática ocorrida e a escolha do conteúdo do ato a ser praticado, o que não ocorre nos atos discricionários. Este controle, contudo, apenas é realizado pela própria Administração Pública, a qual, segundo critérios de conveniência e oportunidade, pode revogar o ato já expedido.

Conclui-se, portanto, que o controle de legalidade e a conseqüente invalidação do ato, seja ele vinculado ou discricionário, podem ser praticados tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição. O controle de mérito, por sua vez, realizado apenas em face do ato discricionário e, conseqüentemente, sua revogação, é realizado tão somente pela própria Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2007. 864p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo : Malheiros, 2008, 839p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2010, 1119p.

PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro : Campus, 2008, 585p.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. São Paulo : Damásio de Jesus, 2003, 409p.