

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE LEGALIDADE *LATU SENSO* DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW: THE JUDICIARY AND THE CONTROL OF LEGALITY *LATU SENSE* OF DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTS

Ewerton Ricardo Messias¹
Geilson Nunes²

RESUMO: A presente pesquisa objetiva verificar a aptidão constitucional do Poder Judiciário para realizar o controle de legalidade de investigações administrativas. Para tanto, inicialmente serão analisadas as seguintes questões: a vinculação do Poder Executivo aos princípios da Administração Pública; o controle de legalidade *latu senso* do ato administrativo pelo Poder Judiciário; o desvio de finalidade do ato administrativo; a Teoria dos Motivos Determinantes. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, os métodos de abordagem e de procedimento a serem seguidos serão, respectivamente, o empírico-dialético e o bibliográfico. Em conclusão, aponta-se para a constitucionalidade do controle de legalidade *latu senso* das investigações administrativas, a ser realizado pelo Poder Judiciário para garantir a efetivação dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Poder Executivo. Poder Judiciário. Legalidade. Moralidade.

ABSTRACT: The present research aims to verify the constitutional aptitude of the Judiciary to carry out the control of legality of administrative investigations. To this end, the following questions will initially be analyzed: the link between the Executive Branch and the principles of Public Administration; the control of the legality of the administrative act by the Judiciary; the deviation from the purpose of the administrative act; the Theory of Determining Reasons. To obtain the results sought by the research, the methods of approach and procedure to be followed will be, respectively, the empirical-dialectic and the bibliographic. In conclusion, it points to the constitutionality of the legality control *latu senso* of administrative investigations, to be carried out by the Judiciary to ensure the effectiveness of the constitutional principles of Public Administration.

Keywords: Democratic State of Law. Executive Power. Judicial Power. Legality. Morality.

^{1*} Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR – Marília – São Paulo – Brasil. Professor no curso de Graduação em Direito da UNIMAR. E-mail: ewerton_messias@hotmail.com. Endereço postal: Rua Olavo Bilac nº 230, casa 02, São Miguel, Marília/SP, CEP 17.506-270. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1361703878121901>.

² Doutor em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Marília - SP (UNIMAR), Especialista em Segurança Pública pela Fundação João Pinheiro, BH - MG, possui graduação em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmério (2015). É Graduado em Ciências Militares com Ênfase em Defesa Social pela APM/MG (Curso de Formação de Oficiais - CFO) É Tenente Coronel PM.

1 INTRODUÇÃO

A interpretação sistemática do contido no Preâmbulo e no Art. 1º da Constituição Federal de 1988 leva à compreensão de que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático voltado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, segundo as normas de Direito.

No art. 2º, a Constituição Federal de 1988 prevê os Poderes da União, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consignando serem eles independentes e harmônicos entre si.

Tais previsões constitucionais trazem consigo um problema de pesquisa que pode ser resumido no seguinte questionamento: Diante da independência e da harmonia entre os Poderes da União, poderia o Poder Judiciário realizar o controle de legalidade das investigações administrativas levadas a efeito pelo Poder Executivo?

Assim, a presente pesquisa objetiva verificar, por meio da análise cotejada das citadas decisões judiciais com a Constituição Federal, com as leis e com a doutrina, a aptidão constitucional do Poder Judiciário para realizar o controle de legalidade das investigações administrativas levadas a efeito pelo Poder Executivo.

Em virtude de corte metodológico, a presente pesquisa terá como objeto de pesquisa o controle de legalidade pelo Poder Judiciário de Investigações Preliminares e Sindicâncias instauradas por autoridades do Poder Executivo.

Para tanto, inicialmente será analisada a vinculação do Poder Executivo aos princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, será estudada a questão do controle de legalidade *latu senso* do ato administrativo pelo Poder Judiciário, tendo por esteio os princípios da legalidade e da moralidade na Administração Pública.

Mais a frente será verificada a questão do desvio de finalidade do ato administrativo e sua incompatibilidade com o escopo constitucional da regra de competência administrativa.

Por fim, será abordada a Teoria dos Motivos Determinantes, enquanto teoria utilizada pelos Tribunais estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o controle de legalidade dos atos administrativos no que se refere ao desvio de finalidade.

A justificativa para a realização da presente pesquisa são as recentes decisões proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) diante de Mandados de Segurança ajuizados por Partidos Políticos em face de atos administrativos discricionários praticados pelo Presidente da República, as quais veem causando intenso debate dentro e fora da comunidade jurídica.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, sendo certo que será abordada no âmbito da pesquisa situação exemplo, sendo a ela aplicadas as regras e princípios jurídicos pesquisados e estudados ao longo do trabalho.

O método de procedimento utilizado para a realização da presente pesquisa foi o bibliográfico, utilizando-se de textos doutrinários, legais e jurisprudenciais, além de pesquisas científicas publicadas em periódicos qualificados.

2 A VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PREVISTOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 garantiu ao Poder Executivo uma atuação imparcial e livre, no entanto, “[...] balizada necessariamente, pelos princípios constitucionais e pela legalidade dos atos” administrativos, “[...] a fim de manterem-se a independência e a harmonia dos Poderes da República” (BRASIL. STF, 2020, p. 6).

É certo que se por um lado, no exercício de suas atribuições, à autoridade administrativa está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade para decidir, por outro lado, a autoridade administrativa:

[...] deve respeito às hipóteses legais e moralmente admissíveis, pois, por óbvio, em um sistema republicano não existe poder absoluto ou ilimitado, porque seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – à exigência de observância às normas constitucionais (BRASIL. STF, 2020, p. 6).

Conforme afirma o Ministro Alexandre de Moraes, o ato administrativo³, “[...] mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império

³ O ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014: 389) pode ser conceituado como sendo: “Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes –

constitucional e legal” (Brasil. STF, 2020, p. 6), não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, prescreve que a Administração Pública deve obediência “[...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988).

Tendo por fundamento o objetivo do Estado de Direito de regular o poder do Estado pelo Direito (Raz, 1979, p. 212), revela-se medida de justiça o Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, para declará-los nulos, caso revelem-se contrários aos princípios dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tendo, também, por fundamento a teoria dos motivos determinantes, conforme se explanará com maior profundidade adiante.

É certo que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública trouxe consigo a expansão da função jurisdicional no que se refere à revisão judicial de legalidade e moralidade de atos administrativos discricionários. Nesse sentido o Ministro Alexandre de Moraes consignou que:

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e os preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, consagrando a possibilidade de revisão judicial. Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional [...] (BRASIL. STF, 2020, p. 7).

Portanto, é permitido, por exemplo, ao Poder Judiciário realizar a revisão judicial de instaurações de atos administrativos investigativos, como a Sindicância e a Investigação Preliminar, que tenham sido praticados de forma incompatível com a ordem constitucional e legal.

Nesse caso, a revisão judicial visa impedir que a Administração Pública pratique atos administrativos em discordância com os princípios e preceitos constitucionais básicos, pois, a prática do ato administrativo deve “[...] observância não somente ao

como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público” (BRASIL. STF, 2020, p. 7).

Durante a realização da revisão judicial do ato administrativo, a autoridade judiciária realizará o controle de legalidade de tal ato. Esse controle de legalidade abrange tanto a conformação do ato administrativo aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (controle de legalidade *latu sensu*), como também a conformação do ato administrativo com a lei (controle de legalidade *stricto sensu*), não havendo legitimidade para eventual invocação do art. 2º da Constituição Federal de 1988, visando à arguição de intromissão indevida do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo; nem quebra da tripartição de funções estatais, pois, o exercício da jurisdição operar-se-á em face de direito subjetivo constitucional violado, e, deste modo, apenas se busca a prolação de decisão judicial fundamentada para fazer cumprir a lei e a ordem constitucional, ante a lesão ou ameaça a direito com amparo no que está contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

3 LEGALIDADE E MORALIDADE: Do controle de legalidade *latu sensu* do ato administrativo pelo poder judiciário

No âmbito do controle de legalidade *lato sensu* do ato administrativo, deve-se considerar que em um Estado Democrático de Direito o princípio da supremacia do interesse público não é absoluto, vez que deve ser interpretado em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, o fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; com os direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito a uma vida digna de ser vivida⁴, presente na interpretação sistemática do que consta do art. 1º, inciso III com o que consta do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; e com os princípios a que deve obediência a Administração Pública, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁴ Vida digna é aquela vivida com dignidade, sendo, a dignidade, entendida como um fim material, um objetivo, “[...] que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens” (saúde, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, educação, entre outros) “[...] que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida” (Flores, 2009, p. 37).

Em um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil, a legalidade dos atos administrativos está completamente subordinada ao preenchimento dos requisitos de validade do ato administrativo.

A análise acerca da validade (legalidade), ou seja, a análise sobre o preenchimento dos requisitos essenciais de validade (legalidade) de determinado ato administrativo, deve ser realizada pelo Poder Judiciário, visando à conformação do ato administrativo com o fundamento da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana), com o direito fundamental do administrado (vida digna de ser vivida) e com os princípios que vinculam a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), pois, uma das formas de exercício da soberania dá-se por meio das decisões proferidas pelo Poder Judiciário nas resoluções de conflitos de direitos existentes no seio da sociedade, principalmente, quando o conflito de direitos existente seja qualificado por uma relação processual em que sejam partes o Estado (autoridade coatora) e um administrado (Impetrante/cidadão brasileiro), onde, inequivocamente, há vulnerabilidade do administrado (Impetrante/cidadão brasileiro) em relação ao Estado (autoridade coatora), necessitando que o Poder Judiciário possa, no exercício da Jurisdição, equilibrar tal relação processual por meio do controle de legalidade.

Está é a inteligência da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse ponto é também importante ressaltar que, ainda no controle de legalidade *latu senso* do ato administrativo, a autoridade judiciária verificará, para além da estrita legalidade, se o Administrador Público (autoridade administrativa) praticou o ato administrativo respeitando aos princípios éticos de razoabilidade e de justiça. Em outras palavras, a autoridade judiciária verificará se o Administrador Público (autoridade pública) praticou o ato administrativo obedecendo ao princípio da moralidade⁵.

Por exemplo, no controle de legalidade *lato sensu* a autoridade judiciária verificará se houve omissão de informações e/ou lançamento de informações falsas em documento público, bem como se houve a omissão da existência de documentos públicos, com o fim de, aparentemente, legitimar (justificar) a instauração, a instrução, o relatório

⁵ Para Walber de Moura Agra (2007, p. 310), o princípio da moralidade "[...] é uma espécie da ética, na sua busca pela retilineidade das condutas humanas. Seria a concretização dos parâmetros de conduta fornecidos pela ética. O enfoque da Administração Pública deve se ater não apenas ao resultado das realizações estatais, mas ao modo como estas realizações são estabelecidas. O resultado não será lícito se o procedimento não o for, se as motivações para o seu surgimento se separarem da virtude e da moral. Esse princípio analisa o elemento subjetivo na feitura do ato".

e a solução de investigações administrativas, caso em que o ato administrativo (Portaria de instauração) terá sido praticado de forma a contrariar o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, devendo ser declarado nulo pela autoridade judiciária, pois, a partir da Constituição de 1988, além da legalidade, a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (MUKAI, 1993, p. 211; BASTOS, 1998, p. 44; AGUIAR, 1998, p. 265).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes asseverou em sua decisão nos autos da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070/DF e da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.071/DF, que “ o princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, [...] de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res pública” (BRASIL. STF, 2016 a, p. 17; BRASIL. STF, 2016 b, p. 17).

Dessa forma, conforme asseverou o Ministro Alexandre de Moraes “o controle jurisdicional do ato administrativo, em face do desvio de poder no exercício das competências administrativas, deve ser realizado, imprescindivelmente, em confronto com os princípios constitucionais da administração pública, obrigatórios” (BRASIL. STF, 2020, p. 10) às autoridades administrativas.

Ao Poder Judiciário, portanto, cabe a análise sobre se a prática de determinado ato administrativo, “no exercício do poder discricionário” da autoridade administrativa,

[...] está vinculada ao império constitucional, pois a opção conveniente e oportuna para a edição do ato administrativo [...] deve ser feita legal, moral e pessoalmente pela autoridade administrativa competente, podendo sua constitucionalidade ser apreciada pelo Poder Judiciário (BRASIL. STF, 2020, p. 10-11).

Nesse ponto se faz interessante a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2006, p. 12) sobre os denominados “Ilícitos Atípicos”. Segundo os autores: “Os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”.

O Ministro Gilmar Mendes assevera que os “Ilícitos Atípicos” devem ser proibidos, pois:

[...] a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar,

com clareza, discricionariedade de arbitrariedade (BRASIL. STF, 2016 a, p. 19; BRASIL. STF, 2016 b, p. 19).

Acerca de tal tema, a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM), nos autos da Apelação Cível nº 0800159-02.2019.9.26.0020, cujo relator foi o Doutor Paulo Antonio Prazak, consignou haver patente distinção entre ato discricionário e ato arbitrário, assunto amplamente discorrido na doutrina jurídica (SÃO PAULO. TJM, 2020, p. 5).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 140) assevera que “[...] discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.

Para melhor entendimento acerca da matéria, necessária se faz a compreensão acerca do desvio de finalidade do ato administrativo e a sua incompatibilidade com o escopo constitucional da regra de competência administrativa.

4 DO DESVIO DE FINALIDADE: Incompatibilidade com o escopo constitucional da regra de competência administrativa

Odete Medauar (2013, p. 157) é clara ao dizer que “[...] o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal”.

Na mesma linha de raciocínio Hely Lopes Meirelles (2016, p. 121) ensina que “[...] o desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”. Continua o autor, afirmando que

[...] se o poder foi conferido ao administrador público para realizar determinado fim, por determinados motivos e por determinados meios, toda ação que se apartar dessa conduta, contrariando ou ladeando o desejo da lei, padece do vício de *desvio de poder* ou de *finalidade* e, como todo ato abusivo ou arbitrário, é ilegítima (MEIRELLES, 2016, p. 121, grifo do autor).

Nesse sentido, ao tratar acerca da consequência da deturpação da finalidade do ato administrativo, Lucas Rocha Furtado (2007, p. 303), observa que, “[...] independentemente de qualquer outro vício, se o ato foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou a outorga de competência para a prática do ato, ele é nulo”.

Há excesso de poder e, portanto, nulidade do ato administrativo, quando a autoridade pratica o ato administrativo fora dos limites delimitados pela lei em sentido amplo, isso “[...] porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo” (MEIRELLES, 2016, p. 122).

Vladimir Passos de Freitas (2016) assevera que, “[...] se assim é, conforme ensinamento uniforme da melhor doutrina, resta apenas saber como, no caso concreto, se concluirá pela existência ou não de dissimulação. Evidentemente, o ato sempre será editado com base em premissas falsas, aparentemente verdadeiras”. E completa: “A resposta está na análise das circunstâncias.” (FREITAS, 2016).

A preocupação acima tem fundamento, segundo o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, pois:

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita (BRASIL. STF, 2016 a, p. 19; BRASIL. STF, 2016 b, p. 19).

Como exemplo, pode-se citar o caso em que autoridades públicas instauram uma Investigação Preliminar e, na sua peça vestibular, consignam que o motivo para a sua instauração é a necessidade de confirmar a verossimilhança de denúncia apócrifa, uma vez que, mesmo sendo oportunizada ao denunciado a possibilidade de explicar o que havia ocorrido, o mesmo não teria confirmado o fato denunciado.

Imagine que, no exemplo citado, para o fim de garantir a aparência de legalidade da peça vestibular de instauração e do próprio ato administrativo investigativo, a autoridade instauradora omite informação juridicamente relevante acerca de esclarecimentos já prestados pelo investigado, sobre os fatos objeto da investigação, em entrevista informal realizada antes da referida instauração do procedimento investigativo; ou ainda insere, a autoridade instauradora, declaração falsa em documento público para o fim de justificar a instauração de Sindicância investigativa posterior, instaurada em complementação à Investigação Preliminar que a antecedeu.

No exemplo acima, aplicando as noções jurídicas a pouco estudadas, tem-se que a autoridade administrativa, praticou condutas que, *a priori*, estariam em conformidade

com as atribuições normativas que lhes confere a lei em sentido amplo, quais sejam, instaurar, instruir, relatar e solucionar Investigação Preliminar e Sindicância.

Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional e legal em vigor, qual seja, submeter o investigado à Investigação Preliminar e à Sindicância, por meio de omissão de informação e de lançamento de declaração falsa em documentos públicos voltados a alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes, tudo para submeter ou manter submetido o investigado à investigação acerca de fatos sobre os quais já prestou esclarecimentos, relativizando, assim, ilegal e inconstitucionalmente, a fruição dos direitos fundamentais do investigado de viver uma vida digna e de inviolabilidade da sua honra e da sua imagem, previstos, respectivamente, no art. 1º, inciso III c.c Art. 5º, caput; e no art. 5º, inciso X, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Aqui cumpre afirmar que não importam os motivos subjetivos da autoridade que praticou os atos ilícitos, pois o vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a autoridade a tais práticas, “[...] configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade. A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei” (BRASIL. STF, 2016 a, p. 19; BRASIL. STF, 2016 b, p. 19).

A simples omissão de informação e lançamento de declaração falsa em documento público demonstra suficientemente a fraude à Constituição (BRASIL. STF, 2016 a, p. 21; BRASIL. STF, 2016 b, p. 21).

No caso do exemplo citado, tendo por fundamento o objetivo do Estado de Direito de limitar o poder do Estado pelo Direito (Raz, 1979, p. 212), cumpre ao Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realizar o controle de legalidade de ambos os atos administrativos, para declará-los nulos, em virtude de revelarem-se patentemente contrários aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, mormente os princípios da legalidade e da moralidade.

5 DA INFRINGÊNCIA À TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Para apurar a validade de um ato administrativo no âmbito de processos judiciais, os Tribunais brasileiros e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm utilizado a teoria dos motivos determinantes. Acerca de tal teoria, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014: 408) ensina que:

[...] os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enuncia-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 204) “[...] quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros”.

Acerca de eventual confusão entre análise de mérito do ato administrativo e análise de seus motivos determinantes, é importante conhecer os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 848), o qual destaca que: “Não há como confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo”.

No exemplo trazido no item anterior, o motivo único para a instauração da Investigação Preliminar e depois da Sindicância investigativa, esta última instaurada com fundamento exclusivo na primeira, é a necessidade de confirmar a verossimilhança de denúncia apócrifa, pois, mesmo sendo oportunizada ao denunciado a possibilidade de explicar o que havia ocorrido, o mesmo não teria confirmado o fato denunciado.

Ocorre que, conforme tratado no exemplo, o motivo apresentado para a realização da investigação administrativa, revela-se falso, pois, em entrevista informal realizada antes da instauração da Investigação Preliminar, o denunciado já havia prestado esclarecimentos acerca dos fatos denunciados, tendo, a autoridade instauradora, omitido, na peça vestibular de instauração da Investigação Preliminar, a realização de tal entrevista e os esclarecimentos prestados pelo denunciado.

Pior foi o fato de, na sequência, com a finalidade de fomentar a instauração de Sindicância, a referida autoridade haver lançado informação falsa em documento público, afirmando que o denunciado não havia prestado esclarecimentos acerca dos fatos denunciados, quando na verdade havia.

É importante observar que, no exemplo tratado na presente pesquisa, as condutas perpetradas pela autoridade administrativa são de tamanha reprovação social e jurídica que alcançam a tipificação como crime no art. 299 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Cumpra explicitar que a eventual instauração de Sindicância investigativa lastreada na referida Investigação Preliminar e no documento público que a encaminhou sugerindo a instauração de Sindicância, também se revela imoral e ilegal, portanto, nula, pois se trata claramente de ato administrativo voltado a dar, exclusivamente, continuidade à atuação ilegal e imoral adotada no âmbito da Investigação Preliminar, a qual foi realizada por meio de omissão de informação juridicamente relevante e de lançamento de declaração falsa em documentos públicos, sendo, assim, praticada com desvio de finalidade.

Portanto, utilizando das palavras da Desembargadora Paola Lorena, da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), nos autos da Remessa Necessária Cível nº 1000028-88.2018.8.26.0593, “[...] aplicável, à hipótese, a teoria dos motivos determinantes, de acordo com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade” (SÃO PAULO. TJSP, 2019, p. 4).

Emprestando o raciocínio do Excelentíssimo Juiz Relator Avivaldi Nogueira Junior, em acórdão de sua relatoria nos autos da APELAÇÃO CÍVEL nº 3.283/2014, no caso do exemplo tratado nesta pesquisa deve “[...] o Ato Administrativo ser anulado, pela não observância da teoria dos motivos determinantes, o que implica em afronta à legalidade, elemento autorizador da interferência do Poder Judiciário na seara Administrativa” (SÃO PAULO. TJM, 2014, p. 2).

Portanto, revelar-se-ia como medida de justiça a declaração de nulidade das exemplificadas Investigação Preliminar e Sindicância, pois, patentemente inconstitucionais em virtude de contrariarem o contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como contrariarem a jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais estaduais e do STJ acerca da observância à Teoria dos Motivos Determinantes.

Afirma-se isso, pois, conforme asseverou o Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL. STF, 2020, p. 10), “o Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito”. Portanto, as instaurações, instruções, relatórios e soluções de Sindicâncias e Investigações Preliminares “[...] devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, podendo, excepcionalmente nesse aspecto, o Poder Judiciário analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (motivo)”.

6 CONCLUSÃO

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prevê que a Administração Pública vincula-se aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, o ato administrativo está vinculado ao comando constitucional e legal, ainda que quanto ao mérito possua caráter discricionário.

Portanto, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, como se consubstancia a República Federativa do Brasil, revela-se possível o Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, para declará-los nulos, caso revelem-se contrários aos princípios dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tendo, também, por fundamento a teoria dos motivos determinantes.

Dessa forma, é permitido ao Poder Judiciário realizar a revisão judicial de instaurações de atos administrativos investigativos, como a Sindicância e a Investigação Preliminar, que tenham sido praticados de forma incompatível com a ordem constitucional e legal, revelando-se como verdadeiros Ilícitos Atípicos, portanto, inconstitucionais por serem ilegais e imorais.

Para tanto, ao cumprir com o dever de fundamentação, previsto no Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, deve o Estado Juiz consignar na decisão judicial, de forma clara e inequívoca, se o ato administrativo se desviou de sua finalidade legal e quais princípios da Administração Pública ou dispositivos legais foram contrariados e de que forma foram contrariados.

Assim atuando o Poder Judiciário, não haverá legitimidade para o Poder Executivo eventualmente invocar o art. 2º da Constituição Federal de 1988, visando à arguição de intromissão indevida em área discricionária de sua competência.

De igual forma não haverá espaço para se arguir de quebra da tripartição de funções estatais.

Afirma-se isso, pois, o exercício da jurisdição operar-se-á em face de direito subjetivo constitucional violado, e, deste modo, apenas se busca a prolação de decisão judicial fundamentada para fazer cumprir a lei e a ordem constitucional, ante a lesão ou ameaça a direito com amparo no que está contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura (2007). **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- AGUIAR, Joaquim Antonio Castro (1998), “O princípio da moralidade administrativa”, *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 46(2), 265-267.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui (2006), **Ilícitos Atípicos**. Madrid: Editorial Trotta.
- BASTOS, Celso Ribeiro (1998), “O princípio da moralidade no direito público”, *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 46(2), 44-54.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13. mar. 021.
- BRASIL. STF. **Mandado de Segurança 34.070/DF**. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em: 13. mar. 2021.
- BRASIL. STF. **Mandado de Segurança 34.071/DF**. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995628&ext=.pdf>. Acesso em: 13. mar. 2021.
- BRASIL. STF. **Mandado de Segurança 37.097/DF**. Impetrante: Partido Democrático Brasileiro. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acesso em: 13. mar. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.
- FLORES, Joaquín Herrera . **A reinvenção dos direitos humanos**, GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; DIAS, Jefferson Aparecido (tradutores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-13/segunda-leitura-nomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativo-nulo>. Acesso em: 13. mar. 2021.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MUKAI, TOSHIO. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1(4), 211-215, 1993.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: essays on law and morality**. New York: Clarendon Press, 1979.

SÃO PAULO. TJSP. **Remessa Necessária Cível nº 1000028-88.2018.8.26.0593**.

POLICIAL MILITAR – Reexame necessário. Mandado de Segurança. Bloqueio do prontuário. Suspensão do direito de dirigir. Apresentação de recurso no prazo legal. Aplicação da penalidade motivada pela não apresentação de recurso à Jari. Incidência da teoria dos motivos determinantes. Ilegalidade. Prova inequívoca de que duas das infrações de trânsito imputadas ao impetrante foram praticadas com veículo furtado, quando não mais na posse do proprietário. Exclusão de referidas infrações do prontuário do impetrante. Sentença de concessão da segurança mantida. Recurso oficial não provido. Recorrente: Juízo Ex Officio. Recorrido: Roberto Martins. Relatora Desembargadora Paola Lorena, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13206382&cdForo=0>. Acesso em: 13. mar. 2021.

SÃO PAULO. TJM. **Apelação Cível nº 3.283/2014. Policial militar**. Mandado de Segurança, com pedido liminar, concedida em primeiro grau. Pedido de anulação de decisão administrativa que apenou o militar com 4 dias de permanência disciplinar. Sentença que julgou procedente o pedido, para anular o Ato Administrativo. Apelo Fazendário, buscando a reforma da r. Sentença, alegando que o ato administrativo foi legítimo e não comporta reparo. As provas juntadas não deixam dúvidas do alegado pelo Apelado, devendo o Ato Administrativo ser anulado, pela não observância da teoria dos motivos determinantes, o que implica em afronta à legalidade, elemento autorizador da interferência do Poder Judiciário na seara Administrativa. Recurso fazendário improvido. Mantida a Sentença. Prejudicado o Recurso de Ofício. Apelante: Fazenda Pública do Estado. Apelado: LUIS ROBERTO SOUZA DA SILVA. Relator AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://ww2.tjmsp.jus.br/SMD/7095.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SÃO PAULO. TJM. **Apelação nº 0800159-02.2019.9.26.0020. Policial militar** – Anulação de pena disciplinar – Comprovada inexistência de correspondência entre provas e decisão final – Procedência em 1º grau – Insurgência fazendária – Decisão divorciada da realidade provada nos autos – Teoria dos Motivos Determinantes – Limites à discricionariedade – Configuração de Vício – Provimento negado. A atuação do Poder Judiciário deve ater-se sempre ao controle da legalidade, para que não haja a substituição da vontade do agente público pela valoração do julgador. Existente o vício de motivação da punição disciplinar, é permitida a rediscussão na esfera judicial. Apelante: Fazenda Pública do Estado. Apelado: Osmar Barros Domingues. Relator Paulo Prazak, 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://pje2grau.tjmsp.jus.br/pje-web/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.sea>

m?ca=6473710097588118a5c92bc78cd277789d6295fca837209cd49a095683d62010642187adfa51990290ac68b06ab0e80e&idProcessoDoc=277360. Acesso em: 13 mar. 2021.