

## O controle judicial na discricionariedade administrativa

*Anamaria Santos Maia*<sup>1</sup>

*Jorge Batista Calado Filho*<sup>2</sup>

*Fábio Félix Ferreira*<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade analisar o controle do poder judicial na discricionariedade administrativa. Com efeito, vislumbra-se uma ampliação da atuação judicial, que não deve ficar restrita apenas ao controle da legalidade da discricionariedade, mas se prenderá também a uma verificação de conformidade das ações discricionárias com os preceitos emanados pela Constituição Federal. Os questionamentos sobre a possibilidade da discricionariedade administrativa vir a ser invocada para afastar o controle judicial quando há indícios de violação dos princípios administrativos, ou quais são os limites que deve o julgador observar quando do exercício do controle desta discricionariedade, serão aqui abordados. Neste mister, partir-se-á da análise do Sistema Principiológico no Estado Democrático de Direito que rege a Administração Pública para, posteriormente, tecer-se considerações acerca da discricionariedade pré e pós Constituição Federal e de como se dá o Controle Judicial sobre ela.

**Palavras-chave:** Sistema Principiológico. Discricionariedade Administrativa. Controle Judicial.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Pós-Graduada em Gestão Pública Municipal pela UESB. E-mail: anamaria\_maia@hotmail.com

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela UESB. Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal pela UESB. E-mail: juscalado@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela UESC. Doutor em Direito Penal e Criminologia na Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Professor assistente de Direito Penal, Direito Penitenciário e Criminologia no Bacharelado em Direito da UESB. E-mail: fabiofelixferreira@hotmail.com

**Abstract:** This article is to analyze the control the judiciary in administrative discretion. Indeed, we conjecture about an expansion of judicial action, which should not be restricted solely to control legality of the discretion, but it will also hold a verification of compliance with the discretionary actions to the precepts issued by the Federal Constitution. The questioning about the possibility of administrative discretion come to be relied on to control the judiciary when there is evidence of violation of administrative principles, or what are the limits that the judge should observe when exercising control of this discretion will be addressed. In this occupation, as will the analysis of the democratic rule of law, through the system of principles that governs the government to eventually be some considerations about discretion before and after the Federal Constitution and how it is the judicial control over it.

**Keywords:** Principology system. Administrative discretion. Judicial Control.

## Introdução

Em consonância com o Princípio da “Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional”, que se encontra consubstanciado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, o Poder Judiciário não deixará de proceder à apreciação de qualquer tipo de lesão ou ameaça que venha a ocorrer a algum direito. Como resultado, na hipótese de alguém vir a alegar em juízo que um ato administrativo determinou a ocorrência da violação de algum direito ou ameaça fazê-lo, não estará o órgão judicial autorizado a esquivar-se de proceder à análise do referido ato.

Parte da doutrina e da jurisprudência tem afirmado que, referente aos atos administrativos discricionários, ao Poder Judiciário, compete unicamente à realização do controle da legalidade; reputando ser-lhe vedado a manifestação acerca do mérito administrativo, sob pena de configurar uma afronta ao princípio que determina a separação e independência dos poderes.

O que se tem observado, entretanto, nos últimos anos, tanto no que concerne ao âmbito jurisprudencial como no aspecto doutrinário, é o surgimento de uma vertente que, de forma progressiva, vem admitindo que o controle judicial dos atos oriundos da Administração Pública não seja limitado tão-somente à verificação dos pressupostos objetivos de

legalidade: é sabido que qualquer atividade desenvolvida pelo gestor público, mesmo no exercício da competência discricionária, deve estar adstrita aos princípios constitucionais administrativos os quais deverão ser seguidos e respeitados sob pena de afronta a Lei Superior. Diante disso, é que se faz necessário o reconhecimento da necessidade de ampliar o campo de atuação do órgão judicial, a fim de proporcionar-lhe a possibilidade de análise da consonância do chamado “mérito administrativo” do ato discricionário com os postulados inseridos na Carta Maior, não com a intenção de substituir o juiz pelo administrador, mas com o escopo de proteger o interesse público, estabelecendo um equilíbrio entre o direito da coletividade e as prerrogativas da Administração.

Neste diapasão, a dificuldade reside em estabelecer limites concernentes ao exercício do controle judicial dos atos administrativos discricionários, notadamente quando se trata da verificação de sua conformidade, não somente com a legalidade estrita, mas com todos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Assim, tem-se que este controle não implica, necessariamente, numa invasão da esfera de competência do administrador pelo órgão judicante, haja vista que fica evidente a importância de que ele seja realizado como uma modalidade de efetuar a contenção de possíveis atos de natureza arbitrária quando do exercício da discricionariedade administrativa.

### **O Sistema Princiológico no Controle Judicial**

Serene é no momento presente a normatividade dos princípios. Já não restam dúvidas que se devem obediência aos mesmos, já que reúnem sobre o ordenamento jurídico as diretrizes que deverão delinear a conduta do aplicador do direito, mormente quando se tratar de princípios expressamente gravados na Constituição Federal ou que resultam implicitamente do sistema constitucional, como imprescindíveis à manutenção do Estado Democrático de Direito. Neste caminho é o entendimento do administrativista Mello (2004, p. 841), quando ressalta a importância dos princípios jurídicos:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Meireles (2004, p. 87), por sua vez, salienta que:

Por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exercer o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

Em verdade, toda a sistemática jurídica está calcada por princípios e sendo estes os responsáveis pela manutenção da harmonia do ordenamento jurídico, em seu fim primevo que concerne ao bem estar coletivo, intimamente ligado, na área jurídica, pela efetiva prestação jurisdicional, pela busca da justiça e pela harmonia sistemática do ordenamento, consagrada pela compatibilidade dos julgados e decisões com as normas superiores.

Neste ponto, urge citar as palavras da jurista Rocha (1994, p. 21), que, ao se referir aos princípios constitucionais, afirma que “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”.

Seguindo essa linha de raciocínio, a necessidade de se reconhecer e dar eficácia aos princípios é incontestável, não se justificando a existência de princípio jurídico privado de aplicabilidade, obrigatoriedade e imperatividade, mesmo quando não são explicitamente estabelecidos, pois se transformariam instrumentos inúteis ao escopo de justiça perquirido pelo legislador constitucional.

Como qualquer outro ramo do Direito, também o direito administrativo está sujeito a princípios que lhe conferem a fisionomia própria do seu regime jurídico. Seriam eles os chamados princípios explícitos – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência – além dos chamados implícitos – Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, Finalidade, Razoabilidade, entre outros. Tais princípios servem como orientação segura para a interpretação dos institutos que integram o campo de atuação da Administração Pública. É certo que os mais importantes princípios administrativos encontram-se consagrados na Constituição Federal.

Segundo Di Pietro (2003, p. 67):

Sendo o direito administrativo de elaboração pretoriana e não codificada, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Deve o administrador, com isso, decidir e justificar suas ações com base nos já citados princípios administrativos consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. Isto em decorrência de serem postulados fundamentais que delinham todo o modo de agir da Administração Pública, permitindo a esta desenvolver as atividades necessárias para cumprir o encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens e interesses da coletividade e funcionando, assim, como normas fundamentais para a boa gestão da coisa pública.

Desse modo, deve a Administração estar sempre de acordo com as exigências e imposições normativas e, sobretudo, em conformidade com os princípios, sejam estes explícitos ou implícitos, que lhes são impostos pela ordem jurídica, já que não gere, não dispõe de coisa própria, mas de “*Res Publica*”, visando sempre o interesse coletivo, o interesse público. Nesse sentido é que se mostra a necessidade de fiscalização da mesma. Exsurge com extrema relevância o controle da Administração Pública. Ele nasce exatamente para assegurar a efetividade, a legalidade e a legitimidade da atuação administrativa, de forma que, destoando ela dos preceitos estipulados legalmente, necessárias se fazem à fiscalização e a correção de sua atividade.

Assim, com base nos princípios explícitos e implícitos que regem a Administração Pública é que se tem o controle do Poder Judiciário, que assume contornos particulares quando se trata dos atos administrativos discricionários que envolvem o juízo de conveniência e de oportunidade – o chamado mérito administrativo. A Constituição Federal de 1988 inovou ao elencar, no *caput* do artigo 37, embora também estejam referenciados em outros dispositivos constitucionais, alguns dos princípios administrativos que devem obediência à Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. São eles: Princípio da Legalidade; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Moralidade Administrativa; Princípio da Publicidade e Princípio da Eficiência. Além desses, existem outros implicitamente agregados ao regramento constitucional da Administração Pública, tais como: Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; Princípio da Finalidade; Princípio da Razoabilidade; Princípio da Proporcionalidade; Princípio da Motivação.

Sintetiza este entendimento, de forma completa e concisa, o professor Mello (2004, p. 103), quando arremata que:

[...] O administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra os atos que o afetam pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-los quando da prática do ato.

Dessa forma, pode-se afirmar que os atos administrativos, vinculados ou discricionários, devem sempre ter respaldo nos princípios, sejam estes explícitos ou implícitos. Contudo, é de se salientar que a motivação do administrador público é de extrema relevância, além de ser indispensável nos casos de atos discricionários, tendo em vista a necessidade de reduzir a possibilidade de serem tomadas medidas arbitrárias. Além disso, ao lado do Princípio da Publicidade, a referida motivação do administrador público tem como finalidade assegurar a efetiva participação da sociedade no controle da juridicidade dos atos provenientes da Administração Pública que, quando praticados sem a necessária motivação, implicam sua invalidação por parte do Poder Judiciário.

### **A Discricionariedade Administrativa**

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estatui que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Deste modo, todas as ações emanadas pela atividade estatal têm como fim primeiro possibilitar o cumprimento de uma vontade de natureza geral. A lei confere competências aos agentes públicos para que eles, ao gerir a “*Res Publica*”, exerçam as suas funções, estando estas sempre direcionadas à persecução e ao atendimento dos interesses comuns.

Deste modo, quando se é determinado que cabe à Administração Pública tão-somente verificar se a hipótese de fato presente na lei foi concretizada de forma adequada, haverá a presença do exercício de competência vinculada. Existirá unicamente um processo que se mostra com o intuito exclusivo de aplicação da determinação legal, desprovida de qualquer possibilidade de apreciação de natureza subjetiva, devendo proceder de modo a efetuar averiguações, cumprindo o que é determinado pela esfera legal.

Em outras hipóteses, a lei não abarca todas as possibilidades da atuação administrativa e nas situações em que ela confere certa liberdade relativa à atuação ou à decisão para o administrador, frente às situações de

natureza fática, haverá lugar para a discricionariedade, a qual se justifica em decorrência da lei, de modo que não consiste em uma espécie de atribuição de cunho extralegal.

Neste aspecto, a discricionariedade administrativa consiste na atribuição de uma relativa liberdade, determinada pela ordem jurídica, ao administrador público, com o escopo de que este possa escolher, no repertório de possibilidades que estão presentes, aquela que se mostrar mais adequada ao atendimento do interesse de natureza pública.

Pode-se perceber o fato de que a discricionariedade é concedida ao gestor público não sob o aspecto de um privilégio seu: ela aparece conformando-se como uma possibilidade de atuar livremente, como resultado da indicação legal, a fim de que seja possível a opção pela tomada de uma decisão que se mostre ideal ou mais adequada diante de um fato de natureza concreta. Em síntese, aquela que se mostre de acordo com a finalidade determinada pela norma. Isso ocorre em decorrência de deter a Administração Pública de melhores condições de verificar qual a providência que se mostra adequada diante do rol de alternativas que são mostradas com o objetivo de vir a alcançar a satisfação da finalidade da lei, que atribui aos seus agentes públicos tais possibilidades de escolha.

Sobre o que foi posto acima, é necessário, serem transcritas as lições de Di Pietro (1991, p. 41), que define a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

Neste mesmo sentido tem-se o conceito formulado pelo jurista Mello (2004, p. 396):

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões

da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Diante disso, deve-se lembrar o fato de que toda e qualquer atividade administrativa, independente de estar vinculada ou de ser de natureza discricionária, deverá estar sempre voltada para alcançar a satisfação do interesse público, desconsiderando, assim, a vontade ou opinião particular do administrador.

Neste sentido não se pode confundir discricionariedade e arbitrariedade, uma vez que se trata de conceitos contrários. A primeira acarreta a liberdade de atuação nos estritos limites impostos pela lei, ao passo que a segunda se refere ao processo de extrapolação desses limites, sendo a decisão do administrador de natureza contrária à presente na lei.

É sabido que o exercício da discricionariedade exige que o administrador, ao optar por determinada direção entre as diversas postas à sua disposição, leve em conta vários fatores, todos sopesados para que a escolha seja, com efeito, o melhor caminho a ser percorrido para alcançar o interesse público almejado. Conveniência e oportunidade são os principais fatores de valoração que conduzem à escolha administrativa, ou seja, que determinam à tomada da decisão discricionária, como assevera Gasparini (1995, p. 88):

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo.

Essa valoração é que compõe o que a doutrina denomina de mérito administrativo, por representar certa carga de subjetividade do administrador no processo de escolha.

Sobre o assunto, Meireles (2004, p. 153) consigna que:

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar-se.

Como exposto anteriormente, a Carta Magna ao anunciar em seu artigo 37 os princípios norteadores da Administração Pública, elencou o princípio da legalidade que, em linhas gerais, prega que esta deve agir em conformidade com a lei. Busca-se, com isso, que a atuação do Executivo esteja adstrita à consagração da vontade geral, assim como da consecução do interesse público.

Porém, muitas vezes se faz necessário que se atribua certa margem de liberdade de escolha ao gestor público. Caso contrário, seu atuar se restringiria ao simples cumprimento de ordens editadas pelo Poder Legislativo. Fica evidente, dessa forma, a discricionariedade conferida ao administrador, não como uma prerrogativa pessoal, mas para que este exerça seu papel na busca pela realização do interesse coletivo, delimitando o chamado mérito administrativo.

Mello (2004, p. 844) define o mérito administrativo da seguinte forma:

Campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Interessante é o posicionamento de Fagundes (1957, p. 174) sobre mérito administrativo, como se vê abaixo:

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concernente ao seu valor intrínseco, à sua valorização, sob

critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz se o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isso é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo relativo, à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios de boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

Assim, o mérito administrativo não pode desagregar-se da competência discricionária, já que o exercício deste presume-se a existência daquele. Não é viável que o agente público, no desenvolver da margem de liberdade que lhe é conferida por lei, deixe de fazer a análise do mérito. O juízo de valor do agente é que representa o ponto crucial da discricionariedade, pois, quando faz a valoração, confirma exatamente as condições de conveniência e de oportunidade nas quais elegerá sua conduta, a fim de solucionar o caso concreto e realizar o interesse público.

### **O Controle Judicial na Discricionariedade Administrativa**

O controle interno é aquele exercido pela própria Administração, que em decorrência do Princípio da Autotutela – segundo o qual a administração pode rever seus atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao judiciário, modifica, corrige ou suprime seus atos quando inquinados de irregularidades ou quando se revelarem inservíveis ao interesse público. Em virtude do Princípio da Legalidade e da Supremacia do Interesse Público, não pode a Administração ser inerte quando verificar que suas atividades não condizem com os mandamentos legais. Esse controle é reconhecido pelo STF que já formulou, dentre outras, a súmula 473, *in verbis*:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Urge ponderar que o controle exercido pela Administração Direta sobre os seus próprios atos decorre do poder hierárquico, da supervisão ministerial (Decreto 200/67). Esse controle pode ser realizado de ofício ou provocado pelo cidadão mediante recursos administrativos. Sobre a importância da participação do administrado no controle administrativo ensina Di Pietro (2004, p. 622) que:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

Já o controle da Administração Direta sobre a Indireta está vinculado ao que preceitua a lei instituidora do ente descentralizado. Outro fato observável é que não se subordina o ente descentralizado à Administração Direta, já que é independente, limitando-se esta ao controle teleológico, ou seja, se a entidade descentralizada está ou não cumprindo seus fins institucionalmente delimitados.

Além disso, insta informar que o controle interno deve apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (artigo 74, IV, CR/88), devendo se dar de forma integrada no âmbito dos três poderes e entre si, a fim de, precipuamente, alcançar e efetuar as estipulações legais expressas no artigo retro da Magna Carta. O controle externo, por seu turno, é aquele exercido por poderes alheios ao controlado que, no caso da Administração Pública, é realizado pelo Legislativo e pelo Judiciário.

O controle da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário, ocorre segundo Fagundes (1957, p. 125) quando “é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo”. Sobre a importância desse controle manifesta-se Di Pietro (2004, p. 640):

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Há de se registrar, ainda, que o controle judiciário atua somente mediante provocação. Ele atua, geralmente, *a posteriori*, tendo também um caráter basicamente corretivo.

Diante do que foi dito acima, pode-se afirmar que o controle da Administração Pública se mostra indispensável num Estado Democrático de Direito, representando uma garantia aos administrados de que a máquina pública será devidamente utilizada em conformidade com o interesse público, em respeito aos direitos individuais e em observância ao ordenamento jurídico de que faz parte.

Questão de grande divergência em âmbito doutrinário e jurisprudencial é o que concerne ao controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. O ponto central de toda a problemática gira em torno dos limites que deve esse controle se pautar.

Parte significativa da doutrina pátria entende que os atos administrativos discricionários não podem ser controlados quanto ao mérito, isto é, pregam a vedação ao Judiciário de adentrar na análise do mérito administrativo, sob pena do magistrado substituir o administrador no exercício da sua atividade. Sustentam, para tanto, que o alcance do controle realizado pelo Judiciário deve se limitar, tão-somente, ao exame da legalidade ou não do ato, isto é, se ilegal, será decretada a sua nulidade, negando-lhe os efeitos.

Para tanto, fundamentam tais argumentos no Princípio da Separação das Funções do Estado, segundo o qual qualquer órgão dos três poderes deve agir nos limites traçados pela Carta Federal quando da discriminação de suas respectivas competências.

Neste sentido pode-se citar Gasparini (1995, p. 88-89):

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da *conveniência* e da *oportunidade*, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT 446:213). [...] Assim, o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos de legalidade.

Cretella Júnior (1998, p. 197) mostra o entendimento de que, se for praticado de forma a se inserir no âmbito permitido pela lei, não é cabível ao Poder Judiciário fazer a análise do mérito inerente ao ato de natureza discricionária efetuado pela Administração Pública:

O Poder Judiciário, que pode examinar livremente o ato sob o aspecto da legalidade, fica, entretanto, totalmente proibido de policiar-lhe o aspecto do mérito. Trata-se de terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois, o mérito traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade – conveniência.

O entendimento acima referido, entretanto, vem atravessando modificações no decurso do tempo, modificações estas que também se encontram nos níveis da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais têm demonstrado o crescimento da tendência em se promover a ampliação do controle que é exercido pelo Judiciário sobre a Administração Pública, já que essa deve pautar suas atividades nos princípios que se encontram positivados no ordenamento jurídico.

Apresenta ponto de vista em parcial acordo com as afirmações acima referidas a administrativista Di Pietro (2004, p. 210), que apenas concorda com o fato de ser o controle do Poder Judiciário sobre o ato administrativo discricionário sob o prisma da ilegalidade:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade

um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.

Por sua vez, Meireles (2004, p. 681) afirma que:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos da legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, por que, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial.

Diante disso, e levando-se em conta a importância de tais posicionamentos para compreensão do tema, não se pode mais considerá-los como totalmente aplicáveis diante das mudanças pelas quais passa o Direito Administrativo ao longo dos anos e, principalmente, após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Além disso, não se pode mais conceber que a Administração Pública, sob a justificativa de que se estaria ferindo ao Princípio da Separação dos Poderes, possa praticar atos discricionários cujo controle do mérito seja inacessível pelo Judiciário, restringindo-o apenas ao exame da legalidade, visto que a atividade do juiz está, justamente, na afirmação ou não da adequação do presente ato com o sistema jurídico e, na hipótese que se fizer necessária, invalidá-lo. Não cabe a este, obviamente, adentrar na questão de qual deveria ser o ato a ser praticado pela Administração Pública a fim de atender o fim legal o que caracterizaria, dessa maneira, um desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes mencionado.

Mello (2003, p. 82-83), que mesmo sobre outro enfoque, defende o controle de mérito do ato administrativo discricionário:

O ‘mérito’ do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.

Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles: (a) contaminados por intuítos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada – pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; (c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providências absurdas; (d) que exprimem medidas incoerentes: 1. Com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. Com as premissas de que o ato deu por estabelecidas; 3. Com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; (e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim.

Em todos esses casos, a autoridade haverá desbordado o ‘mérito’ do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera discricionária para invadir o setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida com insindicável, pena de considerar-se o direito como a mais inconseqüente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias.

Vale ressaltar que a retro citada Professora Di Pietro (2004, p. 212) também comunga com a opinião de que existe uma tendência doutrinária em limitar-se cada vez mais a ação discricionária. Assim leciona:

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar-se o alcance do Poder Judiciário, não implicando em invasão na discricionariedade administrativa, isto sob o manto do princípio

da Moralidade Administrativa. O que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Do exposto, é necessário salientar que não mais se sustenta a alegação de que o Judiciário se atém tão somente à legalidade dos atos administrativos. Legalidade torna-se neste contexto sinônimo de legitimidade, ou seja, não é necessário que o ato infrinja apenas disposição legal para se submeter à apreciação judicial, mas se não atender também aos princípios que regem a Administração Pública também o será, devendo o Poder Judiciário invalidá-lo.

O que não se pode, e nisso os doutrinadores e a jurisprudência são pacíficos, é o juiz sobrepor seu juízo de valor, ligado (a) à oportunidade e conveniência do ato, ao do administrador, determinando que adote tal ou qual posição, o que não implica a vedação dos atos discricionários ao exame do Judiciário. Freitas (2004, p. 237) preceitua que:

Sem substituir o agente administrativo, os controladores devem avaliar a juridicidade dos atos discricionários, sem que tal se configure usurpação de poder ou invasão de merecimento em si. Reconhecendo-se, assim, a vinculatividade dos atos discricionários, estar-se-á mais aparelhado, científica e teoricamente, para coibir os desvios ou omissões no exercício de poder, adotando-se atitude benfazeja para acelerar o advento de uma efetiva austeridade na salvaguarda dos elevados princípios constitucionais do Direito Administrativo.

Ora, é evidente que não se pode esquecer o fato de que, dentro da sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, está a Constituição Federal em posição superior sobre todas as outras normas que a ela devem obediência. Diante disso, todos os atos da Administração Pública, sejam eles vinculados ou discricionários, deverão ser proferidos em consonância com a Constituição Federal, não se justificando que o administrador, para eximir de possível controle judicial, possa invocar a discricionariedade administrativa para acobertar atos que reconhecidamente afrontam os princípios nela insculpidos.

Ademais, todos os princípios, sejam eles explícitos ou implícitos, são, indiscutivelmente, dotados de normatividade, são postos à Administração para serem seguidos e respeitados, isto é, a atuação administrativa é atrelada, vinculada, aos preceitos instituídos explicita ou implicitamente no corpo constitucional, sendo que o desrespeito a qualquer um deles constitui ofensa ao direito que nos termos do já citado artigo 5º, XXXV, da Lei Superior, não poderá ser excluído de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que acionado (Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional).

### **Considerações Finais**

A miscelânea de idéias defendidas pela doutrina e pela jurisprudência sobre o tema tratado, fruto das pesquisas e leituras engendradas, não permite outra inferência senão a de que os tempos atuais reclamam novo posicionamento quanto o controle judicial da discricionariedade administrativa que, mesmo necessária e essencial para uma boa administração, já que o legislador não consegue prevê todas as hipóteses fáticas do cotidiano, não pode sobrepor à efetivação dos direitos da coletividade. Esta afirmação se deve ao fato de que muitos administradores inescrupulosos, sob o manto da discricionariedade, usam e abusam do poder que o povo lhes concedeu para atingir objetivos escusos, diversos daqueles que realmente deveriam ser perquiridos, quais sejam, os objetivos para garantia de uma boa administração, afrontando a princípios constitucionais que regem um legítimo Estado Democrático de Direito, como o da Moralidade, da Razoabilidade, da Eficiência, dentre outros.

Como norma superior, é cediço que a Constituição irradia os já citados princípios que deverão nortear todo o sistema jurídico de um Estado de maneira que, atualmente, os textos constitucionais são caminhos, direções, que o Administrador Público deve seguir, no sentido de garantir a efetividade de uma boa gestão pública. Esta se mostra como um grande celeiro de princípios que balizarão todas as atividades da Administração Pública, devendo todo e qualquer ato administrativo a ela se submeter, sob pena de perder sua validade sob o aspecto de ato jurídico.

A Constituição, portanto, não se mostra como mera linha de direção, ou como indicativo, revestindo-se, dentre outras características de coercibilidade. Ela, mais que qualquer outro diploma legal, precisa ser seguida de maneira exata, sendo um mister da Administração cumpri-la em sua integridade.

Dessa forma, os princípios da Administração Pública reforçam a garantia de uma gestão proba, transparente, onde os detentores do poder devem buscar abalizamento para a prática de seus atos, não só os administrativos, mas todos que forem executados com o intuito de satisfazer o interesse público, o interesse da vontade geral, sem esquecer o respeito aos interesses particulares. É na Constituição que todo e qualquer ato deve buscar sua validade, de maneira que, de certa forma, os princípios elencados em seu artigo 37 e demais implicitamente encontrados, restringem a liberdade do administrador, já que os atos por ele praticados encontram limites na Constituição, não podendo estar sob uma consideração superior a esta, sob pena de menosprezar a marca indelével do Estado Democrático de Direito.

A Constituição, como norma suprema, exige que todos os atos administrativos sejam com ela condizentes, não podendo estes se desvincularem dos limites e princípios da Carta Maior, sob pena de serem invalidados. Assim, não só os atos provenientes do Legislativo e do Judiciário devem submissão a ela: também, os emanados do Executivo. Neste sentido é que não se pode furta o Poder Judiciário de analisar o mérito do ato administrativo discricionário sob a justificativa de se estar cometendo uma ingerência indevida nas atividades do Executivo (afronta ao princípio da separação dos poderes), já que tais atos como todos os demais hão de ser compatíveis com o texto maior sob pena de serem alvo de questionamentos e, sendo o caso, eliminação, posto que não encontrando respaldo na Constituição, tratar-se-ão de atos que não podem prosperar.

Não se pode, porém, fazer a opção pela limitação desenfreada da discricionariedade administrativa, a qual, se devidamente utilizada, é de suma importância para uma gestão séria e de qualidade. Deve-se, pelo

contrário, ser preservada e mantida. Somente quando desrespeitar ou destoar do ordenamento jurídico ela deve ser prudentemente rechaçada pelo Judiciário.

Assim, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário, diante da desconformidade da discricionariedade administrativa com a Carta Magna, analisá-la e se preciso for eliminá-la do âmbito administrativo. Ressalta-se, ainda, que não se busca aqui defender uma substituição do juiz pelo administrador, pois, aí sim estaria caracterizada a invasão de poder. Pelo contrário, busca-se uma fiscalização mais eficiente embasada em preceitos constitucionais para, a partir daí, galgar novos rumos em prol de Administrações sérias, de qualidade, voltadas para atender aos anseios da coletividade com justiça, fim precípuo do Direito Administrativo e de todo o ordenamento legal.

### Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7258>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

*Recebido em: outubro de 2011*

*Aprovado para a publicação em: outubro de 2011*