

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

*** JOÉRIKA KIMBERLING TRINDADE DE JESUS**

Bacharel em Direito. Estudou na Faculdade de Direito de Ipatinga

**** PEDRO ALVES SECUNDO**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, especialização em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Proprietário do Escritório de Advocacia, Professor da Faculdades Integradas Pitágoras e Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO

O objetivo principal da pesquisa foi analisar a possibilidade do Poder Judiciário através de um controle mais amplo e profundo acerca dos atos administrativos discricionários, adentrar inclusive no mérito desses atos, pautado no conjunto de princípios constitucionais vigentes e nas principais teorias que dão respaldo à esse tipo de controle. A doutrina tradicional e a Jurisprudência sustentaram por muito tempo, que o poder Judiciário deveria exercer um controle mais amplo somente quanto ao requisito de legalidade do ato administrativo discricionário, sendo-lhe vedada qualquer análise que possa adentrar no mérito desse ato. Contudo, a Administração Pública possui algumas prerrogativas que lhe foram atribuídas pela lei, que lhe garantem uma margem maior de liberdade decisória, e é por causa dessa suposta liberdade, que passou-se ao cometimento de atos arbitrários e abusos de poder por parte dos agentes públicos. Com a introdução de novos paradigmas legais, através da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de cada vez mais limitar a atuação desse administrador e colocá-lo a mercê de um controle judicial mais perspicaz. Foram analisadas várias possibilidades que fundamentam o controle do mérito dos atos discricionários, inclusive a que está intimamente ligada ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma ferramenta basilar que respalda a intervenção do Poder Judiciário no mérito das decisões administrativas discricionárias. Assim, ao analisar a conveniência e a oportunidade dos atos, como caracterizadores do mérito administrativo, buscou-se comprovar que esse binômio também encontra-se vinculado às normas do ordenamento jurídico, e por isso, o mesmo, não pode escapar do controle judicial.

Palavras-chave: Ato administrativo. Discricionariedade. Mérito. Controle jurisdicional. Administração pública.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa será realizada com o intuito de analisar a possibilidade do Poder Executivo sofrer controle por parte do Poder Judiciário no mérito dos seus atos discricionários. O que despertou o interesse para desenvolvimento de um tema

tão controverso é o atual momento crítico em que passa o cidadão diante dos atos do Poder Público Brasileiro. Para isso, serão consultadas muitas obras doutrinárias, artigos na internet e revista de Direito, que tratam do assunto de forma não tão expressiva quanto deveria, visto que, grande parcela da doutrina ainda defende a impossibilidade de controle do Judiciário sobre o mérito dos atos administrativos discricionários.

A administração Pública Brasileira segue um padrão ditado pela norma, de sempre perseguir o interesse público, e por isso, está sujeita ao controle por parte de outros Poderes Federativos.

Os atos Administrativos passam pelo crivo do controle interno e jurisdicional como garantia da edição de atos totalmente legalizados. O Poder Público Brasileiro, não tem demonstrado ser tão confiável ao passo de escapar de um controle mais aprofundado dos seus atos. Tem-se divulgado reiteradamente nos principais meios de comunicação as diversas irregularidades praticadas no exercício das funções públicas.

O assunto abordado por este trabalho, atualmente tem se mostrado muito polêmico, principalmente quanto às várias formas de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais concernentes ao tema abordado, referentes ao cabimento de uma fiscalização mais profunda dos atos praticados pelos administradores públicos.

Os veículos de comunicação têm noticiado as constantes arbitrariedades cometidas pelos agentes públicos, no uso de suas atribuições precípuas. O mais preocupante é que a sociedade só consegue ter acesso ao que lhe é informado, não tendo nenhum conhecimento do que acontece nos bastidores do sistema Público.

Assim, o trabalho será desenvolvido com o interesse de esclarecer as dúvidas que rondam o tema, considerando que com os diversos acontecimentos contrários ao que estabelece as normas jurídicas, tem sido de extrema relevância a necessidade de dar nova roupagem ao alcance do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, inclusive adentrando no mérito desses atos. Controle esse, exercido

com base nos princípios preconizados na carta magna de 1988, que reza por um Estado Democrático de Direito, e garantidor de efetiva segurança aos administrados.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, será levado em consideração a evolução que tem sofrido o Direito pátrio, demonstrando que vários doutrinadores já têm acolhido a possibilidade do controle judicial sobre os atos da Administração Pública de maneira irrestrita, entendendo que o tipo de controle profundo e não superficial, não acarreta uma substituição da discricionariedade do administrador, mas, impõe a ele o dever de cumprir fielmente os requisitos primordiais para validade do ato.

Contudo, serão abordados todos os assuntos pertinentes até se chegar ao problema principal, para que se possa entender o caminho que foi percorrido até chegar ao tema proposto para este trabalho monográfico.

Enfim, com o destrinchar do tema principal da pesquisa, buscar-se-á esclarecer as dúvidas com relação à possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos discricionários, demonstrando que eles devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, obedecendo assim aos princípios constitucionais vigentes, como um meio de conferir maior credibilidade à toda sociedade. Buscou-se mostrar que existem posições contrárias ao controle judicial do mérito dos atos discricionários, mas, que tem crescido o entendimento favorável à esse meio de fiscalização. Cumpre ressaltar, porém, que esse tipo de controle visa abolir os abusos, desvios e atos arbitrários que não têm resguardado o que está preconizado pelo Direito, nem os interesses coletivos e tampouco o patrimônio público.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A conceituação do que seja Administração Pública, não é elaborada de maneira uniforme pelos doutrinadores, para alguns autores ela é definida somente no sentido formal, para outros, também é conceituada em seu sentido material. Temos, portanto, que a Administração Pública é um sistema político organizado, que tem sua atuação regrada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, é composta por

administradores públicos, que são pessoas que executam funções representando o Estado, que tem por obrigações administrativas, única e exclusivamente perseguir os interesses gerais e comuns.

O renomado professor Hely Lopes Meirelles assim elabora o seu conceito:

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELLES, 1996, p.60).

A natureza da Administração Pública, segundo salienta ainda Hely Lopes Meirelles, é de que ela é considerada um múnus público para quem a exerce e por isso obriga os seus administradores, a cumprir fielmente o princípio constitucional da moralidade administrativa:

A natureza da Administração Pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõem-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. (MEIRELLES, 1991, p.74).

Ainda, com um conceito mais objetivo ao que seja Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho, expressa o seguinte entendimento á respeito da importante função administrativa:

Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for à hipótese da administração da coisa pública, é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar. Essa é a administração pública, no sentido objetivo. (CARVALHO FILHO, 2008, p.10).

Portanto, o governo cumpre um papel importante, seja na promoção de atividades, visando o desenvolvimento, acompanhamento e regulação das funções públicas e

também privadas, ou monitorando o mecanismo administrativo de direitos civis, usando por algumas vezes até mesmo os seus poderes, sempre na tentativa de se organizar para melhor servir os interesses de ordem coletiva.

Dessa forma, os agentes que atuam dentro da Administração Pública, são obrigados a exercer as suas funções em conformidade com as normas legais estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio, tais como os princípios e normas de conduta que disciplinam a gestão e execução de tal tarefa, e a cumpri-las com extrema exatidão. Dentre os princípios que devem ser respeitados pelos agentes que agem em prol do governo, são os princípios básicos explícitos na constituição, ou seja, o princípio da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, e não apenas os princípios da Transparência e Eficiência, mas, também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que estão implícitos, mas que devem ser observados pelo sistema.

Nesses termos, tem-se que a Administração Pública Brasileira tem o dever de obedecer às leis que regem o ordenamento jurídico, tido como uma forma democrática de administração e gestão de interesses individuais e coletivos, em que a conduta do funcionário público deve ser limitada a apenas procurar a melhor maneira de atender às necessidades da comunidade.

Nesse sentido, nos ensina ainda, José dos Santos Carvalho Filho:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 23).

A partir dessa reflexão, pode-se dizer que a Administração Pública no desempenho de suas funções deve ser coerente com as regras e princípios constitucionais, para que não seja movida a praticar atos que lhe traga benefícios especiais, pois se assim proceder estará cometendo desvio da sua finalidade original, desvirtuando-se do seu propósito que é a consecução dos interesses públicos, e o seu ato deverá ser anulado por ser inconsistente com a lei escrita elencada na Carta Magna de 1988.

3 DO ATO ADMINISTRATIVO

Uma decisão administrativa pode ser descrita, como uma exteriorização das intenções da Administração Pública, ou de quem quer que esteja em conexão com o sistema de justiça administrativa, que atenda às exigências legais, e que possam ter consequências jurídicas para ambas as propriedades gerenciadas, buscando sempre servir o interesse público.

Não existe no sistema jurídico brasileiro, um conceito para o que vem a ser o ato administrativo. Por causa dessa lacuna deixada pela norma, os estudiosos interpretam cada um a sua maneira, portanto, não o conceituam de uma forma padrão, por não ser possível abordar um único conceito que o descreva completamente. Por isso, cada autor possui sua forma peculiar de conceituar essas decisões de gestão.

Para o professor Hely Lopes Meirelles:

O ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2001, p.145).

José dos Santos Carvalho Filho expressa o seguinte entendimento sobre o conceito de ato administrativo:

O ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública, ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos com o fim de atender ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2007, p.178).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito para ato administrativo é:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2006, p.366).

Por fim, no que se refere ao conceito de ato administrativo, assim entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.” (DI PIETRO, 2001, p.154).

Para essa autora, o controle pelo judiciário, impõe aos agentes públicos, a busca de satisfação somente dos interesses coletivos, sendo um meio de fiscalização dos abusos que possam surgir na elaboração desses atos.

3.1 Elementos do ato administrativo

Passa-se à análise do que sejam os elementos do ato administrativo.

Os doutrinadores abordam como requisitos, pressupostos, ou elementos, as hipóteses de nulidade dos atos lesivos, extraídos da lei que regulamenta a Ação Popular (n. 4.717/65), e que são primordiais para que o ato administrativo seja considerado válido. Estes elementos necessários à formação do ato como descreve vários autores, dentre eles Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011) são: Sujeito Competente; Forma; Objeto; Motivo e Finalidade.

Desses, competência, forma e finalidade são elementos vinculados. Já o motivo e o objeto são elementos discricionários, podendo em alguns casos serem também vinculados.

O sujeito é a pessoa que materializa o ato, ou seja, é aquele responsável por dar uma existência concreta ao ato praticado. Este sujeito precisa ter autoridade legal para agir, para que o ato seja considerado válido. Para alguns casos a lei autoriza a delegação de tais poderes, pois, é a própria lei que atribui ao agente público o “poder” para realizar o ato. Se o agente é incapaz ou incompetente, ou até mesmo incapaz e incompetente para agir, o ato não é considerado perfeito e por isso torna-se inválido. Podemos compreender com base em Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

“sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática de um ato.” (DI PIETRO, 2001, p. 188).

A forma de exteriorizar a decisão administrativa é dependente do que é exigido por lei (art. 22 da Lei 9784/99), e não pode ser negligenciada, pois, ela é um meio de especificar o ato praticado. Como regra, os documentos administrativos, deve obedecer à forma escrita, observando os princípios estabelecidos na norma jurídica, que é a forma mais segura que o Estado de Direito oferece aos cidadãos e funcionários públicos sobre os atos que irão se realizar, mas, também podem excepcionalmente ser atos orais, por meio de sinais, gestos ou até mesmo em forma de desenhos, e é por esse motivo, que se deve estar atento ao fato de que a lei prevê todos os requisitos a serem adotados em cada caso concreto, para que o ato não se torne inválido.

Assim expressa Hely Lopes Meirelles sobre a forma do ato administrativo:

O revestimento exterior do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podemos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo judiciário, para a verificação de sua validade (MEIRELLES, 2011, p. 157).

O objeto é conceituado pelo renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles como sendo:

Todo ato administrativo que tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade ou atesta simplesmente situações preexistentes. (MEIRELLES, 2011, p. 159).

Então, tem-se que o objeto revela-se como conteúdo do ato, ou seja, é tudo o que foi declarado na edição do ato, que deverá ser legítimo, possível e determinado, até mesmo na emissão de atos discricionários.

Inicialmente, é de grande relevância informar que motivo e motivação são elementos distintos. Para que se possa justificar uma ação administrativa, o motivo, ou melhor, as razões apresentadas, é condição necessária para que se possa firmar um convencimento eficaz para o que levou o agente público à realização do ato, e são essas mesmas razões que devem ir de encontro com a satisfação dos interesses do bem comum. Cabe ressaltar que, não há um padrão uniforme, pois, há motivos vinculados, que são aqueles que devem estar de acordo com as exigências legais, responsável por conduzir à uma motivação legítima, caso contrário estes atos serão considerados inválidos. E há motivos discricionários, ou seja, são aqueles expedidos de acordo com os desejos do administrador, em que as razões são por motivo de oportunidade e conveniência, e que também devem estar de acordo com o ordenamento jurídico, de modo que, o comportamento do funcionário público não seja alvo de contaminação, baseado em motivos ilegais, falsos ou contrário ao resultado que se buscou atingir. Já a motivação é a explanação de forma concreta, dos motivos que levaram à prática do ato administrativo, provando assim que a sua existência é verdadeira e condizente com os fatos que o ensejou. Nem todas as ações administrativas devem ser justificadas, mas, somente aquelas que especificamente a lei exigir. Cabe ressaltar neste sentido, que pela teoria dos motivos determinantes, o administrador fica vinculado aos motivos que ele por conta própria resolver declarar.

Pode-se inferir, com Diogenes Gasparini que:

Tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo. O motivo [...] é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo. (GASPARINI, 2003, p.63).

Conforme Maria Sylvia Di Pietro, a finalidade de todo ato administrativo como regra geral, deve ser a busca pelo fim público, visando sempre atender os interesses da sociedade. Entretanto, a lei estabelece uma finalidade específica a ser atingida como resultado do ato praticado. Assim, haverá desvio de finalidade (ou desvio de poder), quando essa finalidade pública não for alcançada, ou quando o resultado for diverso do que a lei definiu para aquele ato, ele será considerado ilegal, por ter desviado da sua finalidade específica, desobedecendo ao princípio da moralidade

que deve sempre revestir os atos administrativos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde á consecução de um resultado de interesse público. Já sob um sentido restrito, a finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei. (DI PIETRO, 2007, p.198).

Contudo, “No ato, parte-se do motivo, passa-se pelo objeto, para atingir-se determinado fim.” (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p.38).

3.2 Extinção dos atos administrativos: anulação e revogação

As formas de se extinguir um ato administrativo é um assunto muito relevante quando se trata de Direito Público versus interesses da sociedade. Nesta pesquisa, não serão abordados todos os motivos de extinção desses atos, mas, as duas formas mais importantes para este estudo, quais sejam: anulação e revogação.

Todo ato administrativo que apresente vício de legalidade em sua formação torna-se passível de ser nulo ou anulável. O ato será nulo quando não for possível consertar o vício que o contaminou, ou seja, o ato é considerado totalmente ilegal. Ele será anulável quando o defeito que o tornou inválido atingiu somente algumas partes, e não todo o ato, sendo, portanto um vício sanável, permitindo a sua convalidação. A anulação de um ato administrativo pode ser determinada pela própria Administração responsável por criar o ato, exercendo assim o seu poder de autotutela administrativa, ou pelo Poder Judiciário quando provocado (súmulas 346 e 473 do STF). A Administração Pública tem o prazo de 5 anos para anular o ato administrativo praticado de maneira ilegal, resguardando exclusivamente os terceiros de boa fé. A anulação opera efeitos retroativos “*ex tunc*”.

A doutrina majoritária estabelece que a revogação está diretamente ligada ao mérito do ato administrativo, e por esse motivo, ela só poderá ser feita pela Administração Pública com base em critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, o ato

praticado é totalmente lícito, eficiente, pertinente e verdadeiro, mas, por algum motivo, deixou de ser conveniente e oportuno ao interesse público. A revogação gera efeitos não retroativos “*ex nunc*” e respeita os direitos adquiridos.

4 MODALIDADES E MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos praticados pelas autoridades públicas, no desempenho de suas funções devem se submeter ao que diz a lei, estando inteiramente vinculado a ela, sob pena do ato ser considerado nulo, não atendendo aos requisitos e especificações descritas na lei. Não há faculdade de opção, são só pela imposição legal, não se fala em mérito. Dentre os atos que são subordinados á lei, temos os elementos competência, forma e finalidade, que são elementos vinculadores, e que se encontram devidamente conceituados e disciplinados pela norma. Quando os critérios da lei não forem fielmente obedecidos, o ato é considerado inválido, e poderá ser desfeito pelo próprio órgão administrativo ou pelo Judiciário se o prejudicado resolver impugnar o feito. Mas, quando se trata de ter um direito soberano para escolher uma, entre várias atitudes que se acredita ser a mais adequada para determinado caso concreto, pautada nos critérios de conveniência e oportunidade, que é uma possibilidade que a própria lei confere ao administrador para o exercício do ato, que abrange os elementos motivo (razão) e objeto (propósito), temos a modalidade de atos administrativos discricionários.

Quando essa liberdade permitida pela lei se excede, tornar-se-á um ato arbitrário, contrário as normas preconizadas, e, por isso será considerado um ato ilegítimo e nulo. E é nesse diapasão, que podemos relacionar o mérito administrativo, pois, para alguns autores ele está ligado á comprovação da conveniência e oportunidade, depois de valorados os elementos não vinculados, motivo e objeto, na prática do ato de interesse público realizado.

Para a doutrina majoritária, a revogação dos atos discricionários, poderá ser feita somente pela Administração Pública, e nunca pelo Judiciário.

Cresce muito, uma corrente doutrinária a favor de um controle mais profundo acerca do mérito dos atos administrativos discricionários pelo poder Judiciário.

4.1 Ato administrativo vinculado

Nessa modalidade de ato, que se passa a analisar, o administrador não tem nenhuma proteção legal que lhe concede autonomia para agir subjetivamente, a Administração Pública deve total obediência ao que está disciplinado na lei, á ela o poder público está completamente sujeito, e dela não pode se afastar ou desviar, não tem margem alguma para escolha, sendo apenas uma solução traçada pela lei para cada caso, e é exatamente essa que deve ser feita, sob pena do ato ser considerado nulo. Nesse tipo de ato, se aplica o princípio da legalidade, que impõe ao administrador público a observância de todos os regulamentos especificados pela lei, que estejam definidos como vinculadores do ato. Os elementos competência, finalidade e forma serão sempre elementos vinculados, tendo seus conceitos pré determinados em lei.

Hely Lopes Meirelles dispõe que:

Atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (MEIRELLES, 2010, p. 171).

Diogenes Gasparini (2007, p. 98) enuncia que: “[...] vinculação ou atribuição vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de uma situação concreta.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, argumenta de forma clara e objetiva, que os poderes que a Administração Pública exerce quando desempenha suas funções são

limitados pela lei, ou seja, são regradados pelo ordenamento jurídico que traça os limites de sua atividade para que elas não sejam consideradas ilegais. Assim disserta a renomada autora: “[...] neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.” (DI PIETRO, 2011, p. 214).

No que se refere a esse assunto, cabe ressaltar que o ato administrativo vinculado é controlado pelo Poder Judiciário de forma irrestrita, pois todos os seus requisitos estão estipulados na lei, bastando ao julgador consultá-la, pois é lhe dado o poder de fiscalizar a legalidade do ato.

Assim preconiza Hely Lopes Meirelles:

Certo é que ao poder Judiciário não é dado dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, mas, no exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado, é dever da justiça esquadrihar todos os ângulos em que se possa homiziar a ilegalidade, sob o tríplice aspecto formal, material e ideológico. (MEIRELLES, 2010, p. 171).

Segundo esse autor, cabe à administração ou ao poder Judiciário a anulação dos atos administrativos ilegais. O controle judicial é exercido sobre os atos produzidos pelo poder Executivo, ele é um controle exclusivamente de legalidade, não podendo o Judiciário se pronunciar sobre a conveniência ou oportunidade do ato, que só é dado à própria Administração a autorização para revogá-lo.

Então, cabe ao poder Judiciário, apenas a verificação da adequação do ato com a lei, pois todos os seus requisitos são previamente estipulados, bastando a ele somente verificá-los. Para uma grande parcela da doutrina, ele não pode ultrapassar o que já está previsto, pois estaria invadindo o poder de escolha do administrador, tendo que adentrar no mérito do ato. O poder Judiciário pode analisar todos os aspectos do ato, mas, limitando-se à análise da legalidade desse ato.

4.2 Ato administrativo discricionário

Quando a Administração tem o poder, que lhe foi conferido pela própria lei, de decidir subjetivamente, diante de várias opções possíveis, todas de acordo com os requisitos legais, segundo critérios de oportunidade e conveniência, estamos diante de um ato administrativo discricionário. Essa discricionariedade nunca é total, alguns aspectos sempre serão vinculados à lei. A discricionariedade existe quando a lei expressamente confere à administração essa prerrogativa, também quando a lei é omissa para determinados assuntos, e quando ela não prevê conduta a ser adotada diante de um caso específico.

Assim entende Maria Sylvia:

[...] a atuação é discricionária quando a administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito. (DI PIETRO, 2011, p. 214).

Para alguns autores, o mérito administrativo está ligado somente ao ato discricionário, não estando presente no ato vinculado, por ser a valoração da conveniência e oportunidade da prática do ato.

Assim escreve José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.115), “[...] mérito administrativo é a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradores da prática do ato discricionário.”

Então, o ato discricionário é aquele em que o administrador público pode escolher dentre as opções que a lei lhe dá, a melhor, para o atendimento do interesse que se quer atingir.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 457) conceituam o ato administrativo discricionário como: “aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativas.”

Segundo o professor Hely Lopes Meirelles:

Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, já que discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido. Ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. (MEIRELLES, 2010, p. 122).

Os atos administrativos vinculados que são ilegais, serão anulados pela Administração ou pelo Judiciário. Os atos administrativos discricionários serão revogados somente pela Administração Pública, por abarcarem motivos de conveniência e oportunidade do agente público. Neste caso, o ato administrativo é perfeito, válido e eficaz, mas, não atende mais ao interesse público, onde então ele será extinto ou simplesmente modificado, total ou parcialmente. (GASPARINI, 2007, p. 106).

A maior parte dos doutrinadores tradicionais, dentre eles Maria Sylvia (2011, p.219), dissertam que os atos administrativos discricionários podem ser revistos pelo poder Judiciário somente quanto aos seus elementos vinculados, para que não ocorra uma substituição dos critérios de oportunidade e conveniência que levaram o agente a praticar o ato.

Alguns outros doutrinadores entendem que se houver ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder, o ato deve ser revisto e anulado pelo Judiciário. (MEIRELLES, 2010, p. 159).

Assim entende ainda, Hely Lopes:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, "invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repare mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração" é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração. (MEIRELLES, 2010, p. 123).

Sobre esse assunto, conforme foi exposto, as doutrinas mais tradicionais e ainda majoritárias, revelam um mesmo pensamento, mas, tem crescido muito na doutrina moderna uma nova interpretação com relação ao alcance desse controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, e é sobre esse tema tão polêmico que iremos abordar no próximo capítulo, sobre a possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo poder Judiciário.

5 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Depois de discorrido sobre os assuntos primordiais para que se possa compreender melhor o tema proposto, passa-se à discussão principal, que é demonstrar a possibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos discricionários, como forma de erradicar os abusos, desvios e arbitrariedades que possam incorrer na edição desses atos, sendo o único meio de desmascarar o verdadeiro objetivo que se quis atingir por trás da discricionariedade.

Conforme foi descrito anteriormente, muitos autores discordam do tipo de controle mais aprofundado por parte do Judiciário do mérito dos atos discricionários, pois, entendem que fere o princípio da separação dos poderes, ou que, acontecerá uma substituição dos critérios utilizados pelo administrador na sua escolha, ferindo assim uma ordem constitucional. Entretanto, o que se pretende demonstrar com essa pesquisa, é que existe sim, essa possibilidade, sem, no entanto ferir critérios e princípios que norteiam a atividade administrativa.

Para começar a análise, é de fundamental importância discorrer sobre a Teoria da Separação dos Poderes. Odete Medauar preconiza que: “[...] O caráter democrático de um Estado, declarado na constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais. (MEDAUAR, 2002, p. 25).

A Carta Magna promulgada em 1988, lei maior que rege o Estado Brasileiro, estabelece no capítulo das normas de organização dos Poderes, o princípio basilar da separação dos três poderes, encontrando-se disciplinado no art. 60, § 4º, da CF/88, da seguinte forma: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos poderes.” (BRASIL, 2014). Essa garantia foi elevada ao nível de cláusula pétrea, configurando um importante alicerce que firma o Estado Brasileiro como Democrático de Direito.

Assim, convém ressaltar os ensinamentos de Marçal Justen Filho acerca da matéria:

A separação dos Poderes estatais é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e consiste em impedir que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que o “poder controle o próprio poder”, ou seja, gera a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco. (JUSTEN FILHO, 2011, p.84).

O primeiro pensador que divulgou as primeiras impressões do que seria a teoria dos três poderes, foi Aristóteles na sua obra “A Política”, no entanto ele não aprofundou seus estudos, e não conquistou muito sucesso na época em que viveu. Mas, posteriormente o cenário da época se modificaria com o surgimento de teorias contrárias ao absolutismo que imperava, surgiria Maquiavel, Jonh Locke e outros, que influenciariam por completo as mudanças das formas de governo. Contudo, em meio à efervescência do período da Revolução Francesa, se destaca Montesquieu, fundador e propagador da teoria que implantaria a divisão dos três poderes na formação do Estado Brasileiro, tal qual conhecemos hoje. A Constituição Federativa do Brasil de 1988 recepcionou a teoria de Montesquieu como princípio fundamental logo em seu art. 2º como se vê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2014). O Legislativo com o importante papel de criar as leis, o Executivo deve cumprir a função administrativa, aplicando e obedecendo as leis criadas pelo Legislativo, e o Judiciário o de fiscalizar, julgar e resolver os conflitos.

A alusão que se faz ao fato de que esses Poderes são independentes significa tão somente que cada um executa suas funções sem ter de pedir permissão ao outro para decidir ou praticar atos, e devem ser harmônicos, significando que não são

subordinados uns aos outros, mas, devem se respeitar, pois um necessita do outro para se complementar, buscando sempre atingir os fins traçados pela Lei em benefício da coletividade. Essa independência pregada pela norma não é absoluta, pois, os Poderes além de executar suas funções, chamadas de típicas, também podem executar, sempre que a lei autorizar, funções que caberiam aos outros Poderes, chamadas de funções atípicas. Segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 97): “A separação de Poderes tende a impedir o desempenho autônomo da atividade administrativa.”

Nesse mesmo cenário vinculado às características de independência e harmonia, surge um sistema chamado de freios e contrapesos que nada mais é do que a possibilidade de que um Poder possa interferir na esfera do outro, com o objetivo de evitar os abusos que se possa cometer, quando o controle se concentra nas mãos de um só Poder. Então, o controle exercido entre os poderes, visa conter as arbitrariedades, garantindo que um não mande mais que o outro, pois cada um executa funções indispensáveis ao outro, por esse motivo deve-se garantir o equilíbrio.

Marçal Justen Filho traz uma concepção moderna a respeito da matéria:

O sistema de separação de Poderes cumpre melhor sua função na medida em que não haja um poder absolutamente preponderante sobre os demais. A essência desse princípio está na separação harmônica e na conjugação de Poderes. Por outro lado, a independência absoluta de cada Poder geraria efeitos negativos, pois isso dificultaria seu controle. (JUSTEN FILHO, 2011, p.85).

Os atos administrativos discricionários encontram limites não só na teoria da separação dos Poderes, responsável por abrir espaço para que haja um controle mais efetivo de um Poder sobre o outro, garantindo segurança e equilíbrio, mas, também nos princípios constitucionais que regem as atividades da Administração Pública.

Assim, os atos da Administração Pública de forma geral, devem ser praticados em total conformidade com as normas jurídicas e os princípios constitucionais da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência, elencados no art.

37 caput CF/88, que impõe ao administrador o dever de bem proceder ao praticar atos de interesses alheios. Mas, contudo, não são só os atos vinculados que devem seguir os padrões ditados pela norma, mas, principalmente os atos administrativos discricionários devem perseguir esses mesmos princípios, pois, como atos que são revestidos de uma certa liberdade de escolha por parte do administrador, eles precisam estar em total acordo e harmonia com os mesmos, afim de alcançar o melhor benefício em prol da sociedade. Os princípios que organizam, gerenciam e regulamentam os atos da Administração Pública não podem de maneira nenhuma ser esquecidos pelo agente público quando for praticar um ato, pois, depois da constitucionalização desses princípios como reguladores das atividades do Poder Público, este, passou a sofrer um controle externo jurisdicional mais eficaz.

O princípio da Legalidade impõe ao administrador que vai praticar o ato, que este avalie as leis, princípios e regras e pratique o ato em conformidade com as mesmas, ele não pode fazer o que achar que deve fazer, mas, deve sempre cumprir o que determina a lei. O princípio da Legalidade reforça a idéia de Estado Democrático de Direito e remonta á um Estado garantidor dos Direitos dos cidadãos e limitador dos atos do Poder Público, para que este não incorra em arbitrariedades. Já o princípio fundamental que completa a idéia de ato legal é o da Moralidade, um dos mais importantes desse rol, traz á idéia àquilo que é moral, que oferece confiança, honestidade, ética e probidade. O princípio da Impessoalidade prega o interesse de cunho geral e não evidenciado em particularidades. Publicidade deve ser dada aos atos administrativos que trate de interesse geral, nunca aos atos que promovam interesses dos próprios agentes públicos. Por último, e não menos importante, o princípio da Eficiência estabelece a busca constante pela boa qualidade dos serviços públicos prestados, mas, com economia de despesas, tudo para que os interesses da sociedade e do próprio Poder Público sejam resguardados. A junção das primeiras letras de cada princípio da Administração Pública forma a palavra LIMPE que é um substantivo muito peculiar a ser observado pelo Poder Público.

Para a maior parte da doutrina, o assunto mérito é intangível aos olhos do Poder fiscalizador chamado de Judiciário, sendo possível o seu controle só quanto aos elementos vinculadores do ato, tal como competência, finalidade e forma e alcançável unicamente pelo aspecto da legalidade, mas, aqui busca-se provar que

essa legalidade que vincula alguns elementos dos atos, deve ser ampliada, ao passo de se alcançar também o mérito dos atos administrativos discricionários, pois, há aspectos que vão além da superficialidade descrita na norma, que precisam ser averiguados na sua raiz, no âmago das intenções, tal qual, como saber se a finalidade que se buscou foi realmente atingida? E como saber se na edição do ato houve somente interesses coletivos e não interesses particulares, que foram unicamente revestidos de suposta finalidade pública? Não há possibilidade de dizer se o ato é totalmente legal sem antes adentrar no seu mérito, pois, este está inteiramente ligado aos princípios constitucionais analisados acima, sendo que a maioria deles estão diretamente atrelados à pessoa do administrador público.

Com um argumento bem moderno pondera Odete Medauar sobre o assunto em comento:

Hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites. (MEDAUAR, 2002, p. 480- 481).

Quando se trata de atos administrativos discricionários, podemos abarcar os imprescindíveis princípios informadores das atividades administrativas, e as várias teorias que tem surgido, para embasar um controle mais aprofundado por parte do Poder Judiciário do mérito dos atos administrativos discricionários.

O art. 2º da Lei Federal 9784/99 que trata dos processos administrativos, indica com precisão os princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública na tomada de decisões, na prática de atos e para uma boa prestação dos serviços públicos. Dentre os princípios explícitos que regulam as atividades administrativas, aparecem mais três novos princípios que para alguns pesquisadores encontram-se implícitos na Constituição, mas, que se destacam com extrema relevância na lei de processo administrativo, fazendo desabrochar as teorias inovadoras que demonstram a possibilidade de controle do mérito por parte do Poder Judiciário dos atos praticados com margem de discricionariedade pela Administração. São eles o princípio da Razoabilidade, Proporcionalidade e Motivação. Estes princípios se

mostram bastante convenientes quando o assunto é limitação da discricionariedade administrativa e ampliação dos meios de controle dos seus atos.

Os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade se completam, de maneira que para a maioria dos doutrinadores uma não pode ser interpretada em desarmonia da outra. A razoabilidade impõe que a prática de atos administrativos discricionários seja feita obedecendo ao bom senso, à ponderação e evitando os excessos que porventura venham surgir diante do caso concreto. Ela limita o administrador quanto à sua escolha, que deverá ser sempre voltada para alguma finalidade pública. O princípio da razoabilidade requer que os atos sejam praticados de maneira adequada e em harmonia com os fins que se pretende alcançar, ou seja, os meios que a Administração usa para editar seus atos devem ser adequados ao fim que se quer perseguir, os atos devem ser proporcionais, onde não há margens para que o administrador faça escolhas visando benefícios pessoais, e que diante do caso concreto ele não opte por escolhas desproporcionais, que estão longe de uma finalidade pública legal. A margem de liberdade que a lei dá ao administrador público para agir, segundo critérios de oportunidade e conveniência, não lhe dá o direito de agir com libertinagem, fazendo escolhas inadequadas ou exorbitantes.

Assim descreve Diogenes Gasparini sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma, nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. Esse o princípio da razoabilidade. A constituição Federal não o prevê expressamente; é uma decorrência dos princípios da Legalidade e da Finalidade. Os atos administrativos não podem ser praticados, quando se tratar de atuação discricionária com excesso ou escassez para prejudicar o administrado. (GASPARINI, 2007, p. 24-25).

A motivação, por sua vez, uma importante garantia de validade dos atos, é definida pelo ordenamento jurídico no inciso VII do art. 2º da Lei 9784/99, como sendo a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão”

(BRASIL, 2014). Logo, no art.50 do mesmo diploma legal, exige-se que os atos sejam motivados na medida em que:” I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; VIII- importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (BRASIL, 2014).

É de grande valor informar, que a Lei ainda diz que a motivação deve ser feita de forma explícita, clara e coerente, para que se possa verificar as razões que ensejaram a prática do ato, para que se possa analisar em que motivo se baseou o administrador para decidir por aquela solução. Este princípio que encontra grande divergência por parte dos doutrinadores, sobre sua necessidade ou não, divide opiniões, uns pregam pela sua indispensabilidade e outros que já entendem que os atos que devem ser motivados estão expressos na norma. O que se sabe é que, a jurisprudência já firmou entendimento que a ausência de motivação é capaz de tornar o ato nulo, e de que esse princípio reforça a idéia de que sem motivos declarados não tem como saber se os atos são verdadeiros e legais. Partindo-se do fato da motivação ter se tornado tão essencial na feitura dos atos, abre-se um leque de possibilidades favoráveis ao controle do mérito dos atos discricionários, avaliando-se os motivos íntimos de oportunidade e conveniência que levaram o agente a praticá-lo. É através da motivação que se desmonta as ilegalidades praticadas pelo administrador no mérito dos atos discricionários. Segundo Diogenes Gasparini, o STF já se pronunciou favorável à obrigatoriedade de motivação de todo e qualquer ato administrativo (RDP 34:141) (GASPARINI, 1995, p.60-61). Impende demonstrar algumas decisões do STJ que também se pronuncia favorável ao entendimento do STF:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão "fundamentada em razão do interesse do serviço" nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende

àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual (BRASIL, 2004).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGA HORÁRIA. EXTENSÃO. REDUÇÃO. MOTIVAÇÃO. EXIGÊNCIA. Para a validade do ato administrativo exige-se esteja ele devidamente motivado, sob pena de nulidade. Prorrogação de extensão de carga horária motivada, enquanto que a redução da mesma não possui motivação. Recurso não provido (BRASIL, 2007).

Dessa forma, para edição dos atos, tanto os vinculados, quanto os discricionários, deve sempre haver a explanação da sua motivação, pois trata-se de envolvimento de interesses alheios, é a própria Lei que ressalta em seu texto, a necessidade de verificação dos motivos, anteriormente á anulação ou revogação.

Igualmente, atrelada ao princípio da motivação, surge à teoria dos motivos determinantes, que em tempos não muito distantes, rezava uma maior liberdade ao agente público quanto á necessidade de motivar os atos discricionários, pois, este não tinha a obrigação de expor os motivos ensejadores de sua decisão. Mas, como realizar o controle jurisdicional se não houver a expressa indicação dos motivos? Como descobrir se esses motivos são reais, e se a finalidade pública foi realmente alcançada? Essa desobrigação induzia os agentes públicos a que praticassem atos de qualquer maneira, movidos por particularidades, sem nunca motivá-los, pois, tinha-se a garantia de que se não houvesse relato dos motivos, não se estaria vinculado, e, portanto não teria, de fato, como o Judiciário desvendar se o ato era válido, pois, se não há motivos expressos, não há controle jurisdicional. Os novos contornos que recebe a teoria dos motivos determinantes estão ligados diretamente ao Estado Democrático de Direito, ao princípio da moralidade, que tem direcionado muitos doutrinadores ao entendimento de que não pode existir no mundo fático, ato administrativo sem fundamentação, o dever do administrador de motivar os atos é de única e exclusivamente para que se possa aferir se ele agiu dentro do que diz a lei, pautando o seu poder de escolha, não visando interesses de cunho pessoal, mas buscando unicamente a melhor maneira de atingir os interesses coletivos. Os atos administrativos discricionários eram totalmente desprovidos de fiscalização profunda, pois a lei limitava o controle por parte do juiz, ele não poderia julgar se a decisão tomada pelo administrador foi à melhor, mas, depois de toda a análise doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que deve haver sim um julgamento por parte do magistrado se a decisão foi à pior ou se havia alguma possibilidade dela ter sido

mais bem selecionada e não a foi, pois, o Estado busca precipuamente os benefícios para o coletivo e nunca visando o individual.

Assim, depreende-se dos ensinamentos de Odete Medauar:

A importância da Administração se revela pelo tratamento amplo que hoje recebe nas constituições, inclusive a brasileira. Revela-se, ainda, pela preocupação quase universal, em modernizá-la, para que tenha eficiência, atue sem corrupção, não desperdice recursos públicos, e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão, portador de Direitos, não como súdito que recebe favor. (MEDAUAR, 2002, p. 29).

Não faz sentido, que haja controle somente do que se vincula à lei, pois, no papel se faz tudo conforme ela apregoa. O que faz sentido é a fiscalização dos motivos, dos objetivos, da oportunidade e da conveniência, para que se possa desvendar o que se pratica nos recônditos da Administração Pública, e para que as garantias constitucionais sejam aplicadas de forma plena.

É de extrema relevância ressaltar que o Brasil adotou o sistema de jurisdição única, significando que todos os atos administrativos, inclusive os atos discricionários devem sofrer controle por parte de um Poder soberano e imparcial chamado de Poder Judiciário. De acordo com o art. 5º XXXV da CF/88 nenhuma lesão ou ameaça a direitos pode fugir do controle jurisdicional, sendo o mesmo, um Direito e uma garantia fundamental conferida pela norma aos administrados. Quando se extrapola os limites da oportunidade e conveniência vicia inteiramente o mérito dos atos discricionários, e este deve ser anulado pelo Poder Judiciário. Assim decidiu o TRF da 1ª Região sobre a amplitude da inafastabilidade do controle jurisdicional:

MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS APRESENTADAS. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA A REGULARIZAÇÃO DA FALHA. EXCESSO DE FORMALISMO.

1. O Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional (Carta Magna, art. 5º, XXXV), ao invalidar o ato administrativo inconstitucional ou ilegal, não invade a esfera de competência do Poder Executivo, inexistindo violação ao disposto no artigo 2º da Constituição. Precedentes do STF.

2. Ofende o devido processo legal substancial (Carta Magna, art. 5º, LV), por excesso de formalismo e ausência de razoabilidade, a não-concessão de prazo para que a parte autentique a documentação apresentada no processo administrativo.

3. Apelação e remessa não providas. (BRASIL, 2003).

Portanto, de acordo com esse princípio constitucional, o controle por parte do Judiciário deverá incidir na escolha feita pelo administrador quando praticou o ato, para dizer se a mesma é legal.

De fato, a importância que recebeu os princípios na nova ordem constitucional, e as consideráveis teorias que tem fixado limite para as decisões administrativas discricionárias, demonstra a necessidade e a possibilidade de controle do mérito das decisões por parte do Poder Judiciário.

Odete Medauar diz que:

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência, na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade. (MEDAUAR, 2002, p. 480).

O Poder Judiciário como protetor dos direitos dos cidadãos, tem o poder-dever outorgado pela Constituição Federal de 1988, para apreciar o mérito dos atos administrativos discricionários, frente aos princípios constitucionais gerais e específicos, explícitos ou implícitos, e não estará substituindo o administrador, pois, o ato deverá ser anulado por ser ilegal, e não modificado segundo critérios subjetivos do juiz, deverá sim ser realizado um novo ato, mas, de acordo com os padrões legais, conseqüentemente não estará afrontando o princípio da separação dos poderes. Segundo a mesma doutrinadora:

Outro entendimento inclina-se por um controle amplo, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição, e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida, por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade de lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força. (MEDAUAR, 2002, p. 480).

Portanto, diante de variadas possibilidades que permitem que o Poder Judiciário adentre no mérito dos atos administrativos, como a única forma de constatar irregularidades nos atos praticados sob discricionariedade, já se esboçou a concordância de entendimento pela maior parte dos doutrinadores, da impossibilidade deste tipo de controle, mas, demonstrou-se que tem crescido as discussões e novos entendimentos tem surgido á partir da interpretação precisa dos princípios e regras constitucionais, e o surgimento de teorias que enfatizam que há possibilidade de controle do mérito. Outra teoria que possibilita esse controle é a referente ao desvio de poder, em que o administrador público protegido pela discricionariedade administrativa, usa desse poder para praticar atos com finalidades divergentes da estipulada por lei. Como identificar que houve desvio de poder, é tarefa arduosa, se invoca essa teoria como justificadora de um exame mais profundo pelo Judiciário do mérito dos atos discricionários, no intuito de banalizar as atitudes arbitrárias em que se buscam mais os interesses particulares dos administradores do que os interesses dos administrados como um todo, e conseqüentemente de se resguardar os preceitos constitucionais.

Dessa forma, a posição assumida por este estudo não é a de dizer que o juiz poderá realizar atos no lugar do Poder executivo, pois, estaria praticando uma função típica desse poder, mas, também não é certo que o Poder Judiciário se exima de controlar profundamente tais atos, embasado em uma suposta invasão de mérito dos atos desse Poder Administrativo, pois, isto resta impossível, sendo permitido ao Judiciário somente a invalidação do ato ilegítimo, recheado de motivos ilegais.

Todavia, o foco principal foi demonstrar que ainda é pacífico na doutrina o entendimento contrário á possibilidade do Poder Judiciário controlar o mérito dos atos administrativos discricionários, mas, quer se provar, diante das novas idéias que têm surgido que há uma série de possibilidades que convergem para a real necessidade de que haja um efetivo controle do mérito desses atos que se revestem de uma liberdade supostamente dada pela lei. Entretanto, o que se busca mostrar é que é cristalino o entendimento pelos estudiosos que os atos discricionários podem ser controlados nos limites da legalidade, mas, insta ressaltar que, a escolha que envolve a oportunidade e a conveniência também parte de lei, e, por isso, deve-se

ampliar o controle superficial e adentrar no mérito, para que se reste comprovado que houve uma escolha em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Conclui-se, que para a doutrina majoritária o controle jurisdicional sobre o mérito dos atos administrativos discricionários não pode ser realizado, mas, diante das doutrinas mais modernas tem se restringido cada vez mais essa discricionariedade, á luz dos princípios e normas constitucionais, pois os abusos, desvios e práticas arbitrárias tem se mostrado cada vez mais crescente no cenário político atual.

Para Finalizar, um julgado do STJ que evidencia as mudanças dos paradigmas jurídicos atuais:

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

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império
2. da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato
3. administrativo
4. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente,
5. a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério
6. Público legitimidade para exigí-la.
7. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos
8. extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões
9. de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem
10. observar critérios de moralidade e razoabilidade.
11. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do
12. orçamento verba própria para cumpri-la.
13. 5. Recurso especial provido (BRASIL, 2004).

6 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, a Administração Pública cumpre um papel essencial de bem administrar os interesses de toda uma sociedade, sua organização, gestão e funcionalidades, devem constantemente ser melhoradas, com o fito de sempre buscar benefícios de cunho geral. Á ela é conferida a importante incumbência de praticar atos, e seus elementos precisam estar em total conformidade com as normas, sob pena de que o ato seja viciado, ensejando em anulação pela própria administração ou pelo Judiciário.

Os atos administrativos são divididos em atos vinculados e atos discricionários. Os atos vinculados possuem alguns elementos que são extremamente importantes para validá-los, e tem o princípio da legalidade por regulador dos seus efeitos, sendo que, o agente deverá praticá-lo com estrita observância das normas jurídicas. Já os atos discricionários, que conferem certa liberdade ao administrador, de poder escolher dentre as opções legais a que ele entender mais pertinente ao caso concreto, pautado nos critérios de oportunidade e conveniência, encontra limites, pois, a discricionariedade não justifica atos arbitrários cometidos pelos agentes públicos, sob a alegação de estar em margem discricionária. A Administração pública não pode agir com vistas aos seus interesses pessoais, pois, executa funções públicas que resguarda interesses coletivos.

A Administração Pública ao praticar atos, deve sempre obedecer aos princípios que regem a sua atuação, para que não incorra em desvios.

Apesar das muitas divergências doutrinárias que cerceam o tema central dessa pesquisa, e que a doutrina e a jurisprudência majoritárias ainda impende para um controle superficial da legalidade dos atos administrativos discricionários, o foco principal desse estudo foi demonstrar que ao Judiciário é permitido apreciar o mérito administrativo, com o objetivo principal de resguardar as normas, regras e princípios norteadores das funções administrativas.

Cabe ao Judiciário quando for analisar o mérito dos atos administrativos discricionários, verificar se o mesmo foi praticado de acordo com todos os princípios, normas e garantias que regem o Estado Democrático de Direito, e se entender depois de verificados os motivos ensejadores da prática do ato, que os critérios de oportunidade e conveniência são ilegítimos, e se convencer que houve desvio de sua finalidade pública, este ato deverá ser anulado e não modificado pelo magistrado.

Isto porque têm surgido vários entendimentos, argumentos e críticas por parte dos doutrinadores contemporâneos, que tem se expressado de forma favorável á uma limitação mais rigorosa dos atos praticados com margem de discricionariedade pela

Administração Pública, tomando-se por base os princípios e as teorias que se mostram eficazes para justificar tal controle.

Este trabalho se mostrou muito relevante, principalmente para os estudantes de Direito, advogados e magistrados, cooperando para um nível maior de proteção dos direitos e garantias dos cidadãos brasileiros, pois, procurou demonstrar de uma maneira bem delineada a real necessidade de que haja um efetivo controle dos atos de competência discricionária, principalmente quanto ao mérito dessas decisões, e também as muitas possibilidades existentes que vão de encontro à legalidade deste controle.

Portanto, firma-se opinião favorável à possibilidade do Judiciário adentrar no mérito do ato discricionário para controlá-lo, como preconiza alguns entendimentos, baseados nos princípios e nas teorias que estão descritas no corpo deste trabalho, de forma que se faz necessária uma interpretação ampla dos atos administrativos discricionários, condicionando a sua validade à análise de todo o ordenamento jurídico, pois, só assim, será possível um controle mais infalível sobre os verdadeiros fins que se buscou atingir sob o prisma da discricionariedade, cabendo ao Poder Judiciário sem margem para dúvidas, pronunciar a invalidade do ato revestido de ilegalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 12.856-PB**. Relator: Min. Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, Brasília, 01.07.04, p. 214. Disponível em: <<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/ResContextoAcordao.asp?>>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2005.0006.8159-0/1**, Des. Relator: José Arísio Lopes da Costa, Brasília, 09.04.2007). Disponível em: <<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/ResContextoAcordao.asp?>>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo: AMS 102190 DF 1999.01.00.102190-7**. Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves. Brasília, 18/09/2003 p. 89. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2282877/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-102190-df-19990100102190-7>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo: Resp 429570/GO RECURSO ESPECIAL 2002/0046110-8**. Brasília, 22.03.2004; p.277 RSTJ vol. 187 p.219. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/379738/STJ-Resp-429570-GO-RECURSO-ESPECIAL-2002-0046110-8>. Acesso em 01 de Dezembro de 2015.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

_____. 17. ed. São Paulo: Lúmen Júris 2007.

_____. 20. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

_____. 24. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Matheus Vianna de. Controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário: análise do mérito de acordo com os princípios constitucionais atinentes . **Revista Bonijuris**. Curitiba, PR: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, v.24, n.589, p.6-22. dez. 2015.

CRETELLA JÚNIOR. José. **O desvio de poder na Administração Pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FALCÃO. Rafael de Lucena. **Ato administrativo discricionário e o controle jurisdicional. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12492&revista_caderno=4 Acesso em: 30 nov. 2015.

GASPARINI. Diogenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR. Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

_____. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.