



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle do mérito dos atos administrativos pelo poder judiciário

Juliana Kryssia Lopes Maia

Rio de Janeiro

2016

Juliana Kryssia Lopes Maia

Controle do mérito dos atos administrativos pelo poder judiciário

Artigo científico apresentado
como exigência de
conclusão de Curso de Pós-
Graduação em Direito *Lato*
Sensu da Escola de
Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professor(a)
Orientador(a): Maria
Carolina Cancellia Amorim

Rio de Janeiro

2016

CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Juliana Kryssia Lopes Maia

Graduada pela Faculdade de Direito de Nova Iguaçu. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: Exposição sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. Aqui se pretende examinar a extensão do controle judicial do ato administrativo quanto a razoabilidade e proporcionalidade do ato e o princípio constitucional da separação dos poderes. A essência deste trabalho é abordar a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos, ainda que considerados sob o manto da discricionariedade sem ofender o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Ato administrativo. Mérito Administrativo. Controle judicial. Separação dos poderes. Supremacia da Constituição. Proporcionalidade. Razoabilidade.

Sumário: Introdução. 1. A tripartição de poderes. 2. Definição de atos administrativos. 3. Controle judicial. 4. Jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute de que forma os princípios do direito administrativo podem ser usados como fator de preponderância no controle do mérito do ato administrativo levando-se em consideração a proporcionalidade, razoabilidade e o Princípio da Supremacia da Constituição.

A Administração Pública, no exercício da atividade administrativa, pratica diversos atos visando satisfazer as necessidades públicas, elabora e implementa políticas públicas e, a relevância de se discutir este tema surge da necessidade de se estabelecer limites para o controle desses atos pelo Poder Judiciário.

Ao longo da nossa história o ato administrativo discricionário já foi considerado apenas de “livre conveniência e oportunidade” não sendo possível o seu controle pelo poder judiciário. Desta forma, apenas a legalidade do ato poderia ser revista pelo poder judiciário. O que se pretende nesta pesquisa é demonstrar de que forma nos dias atuais esse controle vem sendo exercido, se apenas no que tange a legalidade ou se também atinge objetivamente o mérito do ato.

Hoje, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que antes possuíam uma ampla liberdade quanto a prática dos atos discricionários, vem sofrendo limitações gradativas ao ter que observarem os princípios do ordenamento jurídico. E desta forma vem sendo ampliada a possibilidade de controle jurisdicional.

Este trabalho enfoca a temática do controle judicial do mérito do ato administrativo de modo a demonstrar que o fato de determinado ato administrativo ser discricionário não permite ao administrador atuar ao seu bel prazer o que permite que seu ato seja controlado por outro poder: O poder judiciário.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com as principais diferenciações entre ato administrativo e ato discricionário comprovando a legitimidade do controle judicial do mérito dos atos administrativos.

Depois, então, pretende-se analisar os limites da discricionariedade do ato administrativo chegando a conclusão de até que ponto um ato administrativo pode ser considerado discricionário. Mesmo porque, a Administração Pública, no exercício da atividade administrativa, pratica diversos atos visando satisfazer as necessidades públicas não podendo agir de forma absolutamente livre, assim, necessário se faz diferenciar um controle de legalidade do controle de mérito do ato administrativo.

E no terceiro capítulo procura-se defender a possibilidade e a necessidade do controle do mérito do ato administrativo pelo poder judiciário demonstrando que isso não necessariamente irá ferir o princípio da separação dos poderes.

No quarto e último capítulo serão analisadas importantes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que apresentam posicionamentos diferentes quanto ao tema em questão.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e qualitativa.

1. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO

Inicialmente é necessário ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil possibilita que seja exercido o controle jurisdicional da atividade administrativa, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB. O que será o ponto de partida desta análise e estudo.

Controlar os atos da Administração Pública corresponde a uma possibilidade de fiscalização e revisão que será exercida pelos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e até mesmo de forma direta pelo povo brasileiro com o objetivo de que os atos emanados da Administração Pública estejam de acordo com os princípios constitucionais administrativos.

É preciso brevemente abordar o conceito de ato administrativo vinculado e discricionário para que se possa fazer um devolvimento lógico sobre o tema.

Assim, nos termos de Carvalho Filho¹, atos vinculados são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que o legislador quis expressar. Ao agente nesses casos, não é dado nenhum poder de valor sobre a conduta, porque se limita, a reproduzir o que já está expresso na lei no próprio ato em si.

Já Bandeira De Mello², ao dissertar sobre ato vinculado entende que várias são as hipóteses previstas e reguladas pela lei em que a conduta do agente público esta de antemão disciplinada em termos estritamente objetivos, os quais são mensurados também objetivamente por meio das situações de fato que ensejaram a sua pratica, disciplinado estará, do mesmo modo, qual o comportamento único que, diante daquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente, hipóteses em que se estará perante ato vinculado.

No que tange ao controle judicial do ato administrativo é preciso ressaltar que os atos administrativos vinculados não geram tantos questionamentos, tendo em vista os seus aspectos encontrarem-se expressos na lei, evitando-se assim, que os agentes públicos possam atuar desviando-se dos fins legais bem como proporcionando uma maior fiscalização desses atos administrativos, que uma vez praticados em contraste com a legislação devem ser

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2005, p. 107

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo. Malheiros, 2010, p.430

corrigidos tanto pela própria Administração Pública, através de seu poder de autotutela quanto pelo Poder Judiciário.

Como consequência da existência de critérios objetivos e não subjetivos a serem auferidos os atos vinculados não geram tantas controvérsias em relação à possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Basta confrontar o ato à lei.

Ainda segundo Carvalho Filho³, os atos administrativos denominados de discricionários são aqueles em que se permite ao administrador fazer uma valoração da conduta tomando-se em consideração a finalidade do ato. Esta valoração não se traduz em uma liberdade irrestrita de agir para os administradores, qualquer ponderação a ser feita pelo administrador deve estar em harmonia com o fim legal e sendo assim o objetivo pretendido pela lei deverá ser atingido. E se assim não for, o ato não é lícitamente produzido, posto que estará em afronta com o princípio da legalidade, hoje elevado à categoria de princípio administrativo.

Embora se fale muito em ato discricionário, Bandeira de Mello⁴ afirma que não é o ato em si que é discricionário, mas sim a competência do agente, ou seja, a apreciação a ser feita pelo administrador quanto aos aspectos do ato administrativo. O quanto é apenas produto do exercício dessa competência.

Ocorre que hoje, a grande maioria dos doutrinadores admite que não existe ato administrativo integralmente vinculado ou integralmente discricionário.

Atualmente a grande maioria da doutrina ainda considera que todos os atos administrativos (vinculados ou discricionários) podem ser objeto do controle jurisdicional, mas ainda existe parte da doutrina que exclui a parte do mérito dos atos administrativos como objeto de controle pelo Poder Judiciário.

2. DIFERENÇAS ENTRE CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE E DE MÉRITO

È preciso ter em mente que existe diferença entre analisar a legalidade e o mérito de um ato administrativo. E para diferenciar legalidade de mérito, é preciso pensar que enquanto

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito*, op. Cit., p. 112.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “*Relatividade*” da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998, p. 49.

o Poder Judiciário tem sua atuação dentro do campo da estrita aplicação da lei a Administração Pública tem a sua atuação na sera prática, levando em consideração a perseguição de interesses públicos.

Para diferenciar legalidade e mérito, Di Pietro⁵ afirma que legalidade e mérito não se confundem na exata medida em que a legalidade refere-se à conformidade do ato com a lei e o mérito refere-se à oportunidade e à conveniência diante do interesse público a atingir.

Já Seabra Fagundes⁶ entende que a diferenciação de legalidade e mérito administrativo tem fincas na divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas. E assim, conforme é sabido, ao Poder Legislativo é dada a função de editar leis, de inovar na ordem jurídica criando direitos e ao Executivo e ao Judiciário é dada a execução das leis e aplicação ao caso concreto do direito, sendo que o administrador deverá aplicar a lei através de seus atos e o juiz o faz em circunstâncias incidentais, quando for exigido a atuação jurisdicional com a apuração da juridicidade das medidas aplicadas pelo Poder Executivo.

Na verdade as atividades desenvolvidas pelos três poderes da União são feitas de forma harmônica e em verdadeiro efeito cascata, onde um complementa o outro.

BACELLAR FILHO⁷ afirma que o mérito só existe nos atos administrativos discricionários, uma vez que nos atos vinculados o juízo de oportunidade já foi analisado e definido pelo legislador no momento de criação da lei e, portanto, não há espaço para uma avaliação de conveniência e oportunidade na pratica do ato pelo Poder Judiciário.

De acordo com essa linha doutrinária o mérito administrativo envolve interesses e não direitos, e dessa forma não seria legítimo o Poder Judiciário invadir a seara do Poder Executivo e adentrar no mérito do ato administrativo, porquanto os interesses não se submetem ao Judiciário, mas tão somente os direitos individuais, se vierem a ser feridos. Assim, o mérito seri uma atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, fazendo alguma intervenção, faria obra de administrador e assim por via de conquencia, estaria violando o princípio da separação e independência dos poderes da União.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91

⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. Seleção Histórica de cinqüenta anos – 1945-1995, p. 200.

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008., p. 73 e FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2000, p.106.

Muito embora haja esse entendimento, Di Pietro adverte no sentido de que apesar de ser verdade que é vedado ao Poder Judiciário invadir a seara do Poder Executivo e controlar o mérito administrativo, ou seja, o aspecto político do ato, não é aceitável a utilização da expressão mérito como “escudo” ao controle do Poder Judiciário quando diante de questões que envolvam legalidade e moralidade administrativa, sendo de extrema importância atribuir limites à discricionariedade a fim de se impedir arbitrariedades eventualmente praticadas sob o pretexto de agir discricionariamente.

A autora acrescenta, e entende ainda que, que no que tange aos atos vinculados, restrições não há quanto ao controle judicial, uma vez que todos os elementos do ato administrativo estão definidos em lei e caberá, portanto, ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei. Outrossim, com relação aos atos discricionários, o controle também ocorrerá, mas, nas palavras de Di Pietro : “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”. Ou seja, nessas situações pontuais, seria legítimo que o Judiciário apreciasse os aspectos da legalidade e constata-se se a Administração não foi além dos limites discricionários concedidos pela lei.

Para Seabra Fagundes⁸, não é possível que haja controle judicial sobre o mérito, pois se trata do sentido político do ato administrativo.

E desta forma, na hipótese do magistrado se aprofundar no conhecimento e análise do mérito, estaria ele ultrapassando o campo de apreciação jurídica - legalidade e legitimidade - que lhe é reservado por ser o órgão responsável pela preservação da ordem legal para adentrar no terreno da gestão política, ou seja, na discricionariedade, que é própria dos órgãos do Poder Executivo. Há que se considerar que se assim considerarmos estaria o Poder Judiciário atuando, inclusive, nas políticas públicas ao de certa forma dar prioridade em determinando situação fática para algo que entendesse prioritário.

Parte da doutrina entende que o mérito do ato administrativo está regido pela conveniência e oportunidade do ato e está imune à revisão por parte do Poder Judiciário na medida em que consiste na parcela de liberdade conferida ao agente público para que decida, segundo esses critérios, qual é a solução mais adequada para que se atinja a finalidade pública, objetivo que deve ser buscado e alcançado por todo ato administrativo. Noutro turno,

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 746.

a legalidade é responsável à atuação do administrador à estrita observância da lei, devendo este agir sempre nos limites impostos pelo legislador.

Para o ilustre doutrinador Bandeira de Mello⁹ o princípio deve ser entendido como um dos critérios para a compreensão e inteligência de todo o sistema normativo, conferindo-lhe um sentido harmônico, sendo uma disposição fundamental que se irradia sobre as mais diversas normas.

Ocorre que com a promulgação da Carta Magna de 1988 aconteceu no Brasil o que é conhecido como a “constitucionalização dos princípios da Administração Pública”. Assim, estaria permitido ao Poder Judiciário a partir da verificação de conformidade com os Princípios que regem a Administração Pública a possibilidade de controlar os atos administrativos discricionários e vinculados.

Desta forma, a ação do administrador público deve atender não apenas às leis, mas também aos princípios norteadores da Administração Pública.

Neste contexto, fazendo uma ponderação de interesses e, ainda, de valores o administrador público decide de acordo com a finalidade a que está vinculado, sendo certo, que o elemento finalidade em todo e qualquer ato praticado pela administração pública é vinculado ao interesse público.

E, em sendo assim, na hipótese dessa ponderação não vir a corresponder aos interesses públicos, eclodirá a possibilidade do interessado recorrer-se do Poder Judiciário para ver restaurada a licitude, haja vista o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade são instrumentos de controle do mérito administrativo.

Nas lições de Bandeira De Mello¹⁰, por meio da razoabilidade verifica-se se a providência ultimada diante de certo evento manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade da lei ou se foi mais intensa ou extensa que o necessário. E um ato que exceder o necessário não pode ser tido como razoável.

Já a respeito da proporcionalidade, Figueiredo¹¹ aduz que é a direta adequação das medidas tomadas pelo administrador às necessidades da Administração. Todavia, a autora adverte que só se sacrificam interesses individuais para se alcançar interesses coletivos na

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 922-923.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 392.

11 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 50.

medida da estrita necessidade, mas jamais indo além do que for realmente indispensável para satisfação do interesse público.

Neste contexto, infere-se que uma decisão discricionária será ilegítima, mesmo quando não transgrida nenhuma norma concreta ou expressa, quando for irrazoável.

3. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A idéia de controle estatal é inerente à própria noção de Estado Democrático de Direito. A Administração Pública, enquanto atividade de competência do Estado e voltada para a realização e defesa do interesse público, porque trata da gestão de interesses alheios, deve ser controlada através de instrumentos adequados para evitar a ocorrência de atos arbitrários, ilegais e lesão a direitos individuais.

Embora a lei conceda poder ao administrador de “escolher” a sua forma de atuação, essa mesma lei deve resguardar a administração pública e os administrados das arbitrariedades, e para isso deve estabelecer limites ao poder discricionário e se levarmos em consideração que todos os atos estatais devem estar em conformidade com o princípio da legalidade, e assim vincula a ação discricionária aos limites postos pela lei e pelos princípios do direito público e administrativo.

De acordo com GORDILLO¹² o administrador estará atuando além dos limites da discricionariedade quando: *i*) não apresentar os fundamentos de fato e de direito que a sustentam; *ii*) não levar em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios, ou se fundir em fatos ou provas inexistentes ou *iii*) não guardar uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim que a lei desejar alcançar - elemento finalidade – interesse público -, ou seja, nos casos em que se tratar de medida desproporcional, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

É bastante evidente que, ao editar um ato administrativo, a atuação do administrador deve ser razoável, ou seja, aclarando, adequados, sensatos, aceitáveis, não excessivos, e o resultado desta atuação administrativa deve ser proporcional, ou seja, adequado, compatível, apropriado, não excessivo.

12 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184.

Os princípios são como vetores que indicarão a direção que deve seguir o processo de regulação, estes possuem alto grau de abstração e generalidade e por isso permitem a abertura do sistema normativo e subjetividade ponderada pelo intérprete.

E por estes motivos é que a hermenêutica jurídica faz nítida distinção entre regras e princípios.

Os princípios jurídicos, portanto, assumem grande importância normativa principalmente naqueles países em que é adotado o modelo de Estado Democrático de Direito, onde se tem a noção de que a Constituição não é mera folha de papel, mas sim um instrumento voltado à proteção de direitos fundamentais.

Perceba que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possuem o condão de proporcionar um controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, na exata medida em que permitem a verificação da pertinência do fato.

No mesmo sentido, Bandeira De Mello¹³ vislumbra a proporcionalidade como um aspecto da razoabilidade, porquanto será por meio do exame da proporcionalidade que se analisará se o conteúdo do ato diante de certo motivo conservou-se nos limites necessários para o atingimento da finalidade legal ou se foi mais intenso ou mais extenso do que o necessário.

No entanto, é preciso ressaltar a impossibilidade do magistrado modificar o juízo administrativo pelo seu uma vez que se assim agisse, 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 e diante de todo um plano de governo minuciosamente elaborado.

No entendimento do douto Carvalho Filho¹⁴ não pode o judiciário adentrar no critério de discricionariedade quando o administrador público estiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuação em que estiver exercendo-a legitimamente dentro de sua competência.

Fica claro que os excessos cometidos pelos agentes públicos bem como a adoção de medidas fora dos padrões normais de aceitabilidade diante do caso concreto, quando no uso de suas atribuições próprias, devem ser corrigidos na exata medida em que representam ilicitudes, situando-se o controle no campo da legalidade.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 390.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito ...*, op. Cit., p. 29.

É salutar que as condutas da Administração Pública devem estar pautadas dentro dos padrões normais de aceitabilidade, ou seja, uma vez deferida por lei ao administrador público a possibilidade de escolha para atuar com o juízo de oportunidade e conveniência, ele deve operar segundo o sentido possível a ser adotado diante da norma jurídica, conforme padrões de normalidade.

Tem sido motivo de muita preocupação pela sociedade brasileira a forma displicente com que os administradores se utilizam dos recursos públicos em proveito próprio, na maioria das vezes se utilizam da alegação de que estão protegidos sob o manto da discricionariedade.

Sendo certo que, no caso de atuação fora dos modelos de atuação passíveis de aceitação, haverá vício, devendo o ato administrativo ser retirado da órbita jurídica, eis que o agente público tem o dever de alcançar as finalidades públicas e, para tanto, deve sempre proceder de forma razoável e proporcional, optando pelas melhores escolhas entre as possíveis, para o atingimento do interesse público.

Portanto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade surgem com o desiderato de conter o excesso de poder contido nas mãos do administrador público, haja vista ter ele a obrigação de cumprir as finalidades legais a que se encontra adstrito, devendo para tanto, utilizar-se dos meios adequados e suficientes.

Neste sentido, Carvalho Filho¹⁵ ministra que o princípio da proporcionalidade possui como fundamento o excesso de poder, e sua finalidade é, justamente, o de frear atos, decisões e condutas de agentes que excedem os limites adequados, sempre com o propósito de se alcançar os objetivos da Administração Pública.

A origem histórica das políticas públicas está no esforço de guerra e a na otimização dos meios. Tendo se iniciado nos E.U.A.

È uma decisão formulada por atores governamentais investida de autoridade e sujeita a sanções. O planejamento estatal se materializa nas políticas públicas. Tem ligação direta com os direitos fundamentais que possuem uma aplicação imediata.

As políticas públicas delimitam uma estratégia de ação administrativa do Estado:

1. Definem planos de ação;
2. Delimitam o conteúdo em si de um direito;
3. Indicam quem são os destinatários primários;
4. Definem quem são os titulares do direito

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito ...*, op. Cit., , p. 28.

exigível; 5. Indicam os pressupostos para a incidência da ação estatal em debate; 6. Elegem o critério de justiça que está sendo aplicado a hipótese.

O dever de planejamento do Estado está previsto constitucionalmente, como por exemplo, nos artigos: art.21, IX CRFB; art.43, § 1º, II CRFB; art.74 CRFB; art.84 CRFB; art.182 § 1º CRFB; art.188 CRFB; art. 214 CRFB.

Na verdade, aquele que exerce a função administrativa não possui discricionariedade para decidir sobre a oportunidade e conveniência da implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou decidida pelo próprio constituinte e pelo legislador. Sendo certo que as dúvidas sobre a decisão a ser tomada e essa margem de discricionariedade deverá ser resolvida pelo poder judiciário, e caberá ao juiz dar sentido à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo, verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional. Estando o órgão jurisdicional atuando dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, não se podendo falar em ingerência do Poder Judiciário em questões que envolvem a discricionariedade do Poder Executivo, na medida em que se revela possível ao judiciário determinar a implementação de políticas públicas.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sempre foi tímida com relação a este tema, e geralmente acolhia a doutrina que defendia justamente a impossibilidade dos atos administrativos discricionários praticados pela Administração Pública serem controlados pelo Poder Judiciário, pois havia o entendimento majoritário de que o mérito destes atos – formado pelo juízo de conveniência e oportunidade do poder público – era insindicável, e, portanto, insuscetível de fiscalização pelo poder Judiciário.

Com o passar do tempo, de forma gradual, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal passou a admitir o controle judicial da atividade não vinculada da Administração Pública.

E sobre o controle judicial de políticas públicas assim entendeu o STF quando julgamento da ADPF 45¹⁶:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).”

Com este julgado o STF assentou entendimento no qual a intervenção do judiciário se legitima na medida em que os Poderes Executivo e Legislativo deixam de cumprir seus deveres constitucionais a ponto de ferir direitos e garantias dos cidadãos.

Nenhum ato pode ser absolutamente imune ao controle judicial. Em relação aos atos administrativos vinculados, não existe ressalva alguma a ser feita. Quanto aos discricionários, existe, ainda nos dias atuais, alguma polêmica sobre a questão da possibilidade de controle pelo poder Judiciário, pois tais atos dispõem de uma margem de liberdade de atuação.

Essa margem de liberdade se deve ao fato de que a lei não tipificou um único comportamento possível da Administração Pública diante de determinada hipótese objetiva, e

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> . Acesso em : 14/07/2016

assim existe um campo aberto de possibilidades que o agente público irá optar, cabendo-lhe, assim, atuar da forma que melhor atenda aos interesses públicos, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade.

Vislumbrando-se, na prática o controle do mérito administrativo pelo Judiciário, tem-se firmado o entendimento de ser legítimo o controle e intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada a hipótese de abusividade governamental, seja por ato comissivo ou omissivo. Afirmando ser a ação constitucional instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, previstas no texto constitucional, quando venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Carta Magna, sob pena do Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável a integridade da própria ordem constitucional.

Também tem se afirmado o entendimento de que a formulação e implementação de políticas públicas não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, porquanto nesse domínio o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo. Entretanto, em hipóteses excepcionais poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, quando os órgãos estatais competentes, descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles recaem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

No mesmo sentido quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 598.212¹⁷ firmou entendimento no sentido de que é lícito, ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em âmbito jurisdicional, medidas necessárias a efetiva implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal.

Concluiu-se ainda, que o administrador não possui discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberada pelo próprio constituinte e pelo legislador. Sendo certo que as dúvidas sobre essa margem de discricionariedade deverá ser dirimida pelo poder judiciário, cabendo ao juiz dar sentido à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo, verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 598212/ PR. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ai598212cm.pdf>> Acesso em: 14/07/2016

Estando o órgão jurisdicional atuando dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, não se podendo falar em ingerência do Poder Judiciário em questões que envolvem a discricionariedade do Poder Executivo, na medida em que se revela possível ao judiciário determinar a implementação de políticas públicas.

Não é outro o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar no Recurso Especial n.º 429.570¹⁸ – GO que o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Neste sentido, não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que receberam mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta a liberdade de conformação do legislador, nem da atuação do Poder Executivo.

E daí é que surge além da possibilidade de o próprio órgão do qual emanou o ato administrativo inválido requerer sua revisão pelo exercício da autotutela (revisão ou anulação do ato), e além também da possibilidade de o Poder Judicial rever os atos administrativos vinculados quando estes inobservarem a lei à qual está submetido (anulação do ato), foi observado que mesmo nos casos em que é conferida ao administrador a faculdade de agir dentre um conjunto de possibilidades fáticas, dever-se-ia observância aos princípios de direito administrativo, expressos ou não na lei ou na Constituição da República Federativa do Brasil.

Ou seja, não é de tudo tão aberto o conceito jurídico de discricionariedade, pois se assim o fosse, estar-se-ia dando margens a ilicitudes, a malfeitorias com os instrumentos de atuação da máquina pública, como infelizmente se observa nos dias de hoje.

A pretensão de lançar mão do controle jurisdicional dos atos discricionários pode soar como justa e equânime atuação do Judiciário. Mas tal entendimento só encontra respaldo conjuntural, e não estrutural, uma vez que institucionalmente o que mais se pode alcançar com isso é não apenas reconhecer a frustração e a não realização das políticas públicas mais fundamentais pelo administrador, como se transferir tal frustração ao Poder Judiciário fosse resolver todas as omissões estatais.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. R Esp 429.570/GO. Relator Min. Eliana Calmon. Disponível em: < <http://ibdu.org.br/eficiente/repositorio/jurisprudencia/288.pdf> > Acesso em: 14/07/2016

E assim como instrumento para o controle da competência discricionária dos atos administrativos, está a utilização dos princípios constitucionais, como por exemplo quando o STF editou a súmula de nº13, na qual o princípio da moralidade administrativa, independente de lei que regulasse o assunto, foi utilizado para proibir a contratação em cargo em comissão, nos casos lá previstos.

Despontam ainda os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade como instrumentos bastante constantes na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como fazem prova os julgados analisados.

Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade cada vez mais são usados como instrumentos de controle dos atos da Administração Pública. Sua aplicação, entretanto, vem suscitando muitos problemas, pois raramente se encontra na jurisprudência, diferenciação na utilização das expressões, o que gera problemas quando da aplicação ao caso concreto.

Pelo princípio da separação dos poderes e da legalidade percebe-se que a intensidade de controle das decisões adotadas pela administração deve estar atrelada a uma demonstração objetiva e fundamentada de que a Administração escolheu meio absolutamente inadequado para alcançar determinado fim, para que se possa conduzir à invalidação do ato administrativo.

CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, viu-se sobre quais fundamentos está pautado o Poder Judiciário para intervir na atividade de outro Poder, sem que tal conduta configure um descumprimento do princípio da separação dos poderes e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

O controle dos atos administrativos, seja pelo exercício da autotutela, seja pelo controle realizado pelos órgãos do Poder Judiciário em sua função jurisdicional, é estritamente necessário para a concretização de um Estado fundamentado nos princípios constitucionais.

Assim, para se chegar ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa foi necessário partir do conceito de ato administrativo e onde se localiza a discricionariedade dentro dele.

Mostrou-se importante verificar a atuação do Poder Judiciário no controle do mérito administrativo frente à noção do que se entende de atuação estatal bem como a conceituação de separação dos poderes.

Se, o conceito de discricionariedade no âmbito da atuação da Administração Pública é doutrinariamente conturbado, não poderíamos esperar nada diferente quando pensarmos na possibilidade de seu controle por outro poder estatal em atendimento ao seu dever no papel de colaborador do sistema de freios e contrapesos instaurado no seio do princípio da separação dos poderes.

A evolução da doutrina administrativa levou à superação do princípio de legalidade administrativa para abarcar a obediência ao princípio da juridicidade do ato administrativo. E desta forma, mais que apenas obedecer às normas de direito administrativo, faz-se necessária observância também aos princípios que compõe toda a sistemática deste ramo do Direito Público.

A partir de então, foi possível compreender a discricionariedade dos atos administrativos e as suas diferenças com vinculação e mérito administrativo.

Foi verificado que, quanto mais intensa for a natureza vinculada do ato, maior será a possibilidade de atuação e controle do ato administrativo, o que explica o peso, cada vez mais intenso, que se atribui aos princípios da Administração Pública, sobretudo aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, para aferição da legalidade do ato.

Neste sentido, quando se afirma que o Poder Judiciário ao efetuar o controle dos atos administrativos, estaria interferindo na atuação de outro Poder, não é o que realmente acontece, na medida em que a separação de Poderes tem por desiderato impedir a atuação independente da atividade administrativa que deve ter sua ação pautada e limitada pela lei.

Entretanto, há de se alertar que um controle total da atividade administrativa, que substituía a discricionariedade política pela judicial possui o condão de fazer com que surja uma politização da justiça e não uma juridicização da política. O excesso de controle pode levar à paralisação da atividade estatal e substituir as decisões de um governo eleito pelo povo pelo subjetivismo do juiz.

Neste contexto, é que surge a importância dos princípios constitucionais administrativos para a efetivação do controle, em especial dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais são instrumentos de fundamental importância

para se evitar que os administradores públicos, no exercício de suas funções, desviem-se das finalidades e do interesse coletivo - finalidade do ato administrativo.

Admitindo-se que o Poder Judiciário exerça o controle da legalidade sobre o mérito administrativo dos atos discricionários com fundamento no princípio da razoabilidade/proporcionalidade. Certo de que a escolha de meios inaptos ou então uma omissão estatal na materialização dos objetivos previstos na Carta Magna também permitem a intervenção Jurisdicional com vistas a fazer restaurar o respeito aos programas constitucionais.

Tudo isso porque a discricionariedade permite ao Poder Público estabelecer quais são os atos a serem realizados, e não decidir acerca da sua realização ou não, já que a obrigação de sua efetivação, em sede de direitos constitucionalmente previstos, encontra-se na própria Lei Fundamental. De modo que o Poder Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito, pois isto a própria Constituição já fez, mas sim exigir que sejam implementadas as políticas públicas constitucionalmente previstas.

Assim, tendo em vista que o Poder Judiciário desenvolve um papel de guarda maior do Direito, entende-se possuir ele competência para intervir no ato administrativo, mesmo que discricionário, sempre que o agente público atuar de maneira contrária ao Direito como um todo ou então for omissivo.

Portanto, a atual tendência é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado justamente pela discricionariedade. Assim, diante deste novo paradigma, não se pode simplesmente afirmar que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos o caráter de liberdade total do administrador vai sendo substituído pela análise da motivação dos atos administrativos, a fim de permitir o controle.

Não havendo mais a possibilidade de se encarar a discricionariedade administrativa como um direito próprio da atividade administrativa.

Sendo certo que, um controle mais abrangente da atividade administrativa não significa que se esteja extrapolando o exame da legalidade, na verdade o Poder Judiciário permanece atuando no estrito cumprimento da legalidade. Este, todavia, é que se ampliou.

Por tais razões, é que surge a inafastável possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando estritamente necessário para conformar a atuação do Poder Público,

notadamente nas hipóteses em que a atuação da administração encontra-se em desarmonia/descompasso com os ditames constitucionais.

Os princípios jurídicos, diferentemente das regras, são ferramentas desprovidos de preestabelecida hierarquia, dotados de alta carga dinâmica, permitindo que sua aplicação perpassa por imprescindível tarefa de argumentação judicial e inserção da mesma em uma teoria.

Diante de uma situação que envolva controvérsia sobre direito fundamental, limitado por deficiências materiais na execução e efetiva concretização de Políticas Públicas nessa mesma área, deve o magistrado balancear os princípios que reputa aplicáveis e decidir-se pelo que tem mais peso.

Especialmente no que pertine à proteção de direitos fundamentais, não se mostra nem um pouco razoável admitir a hipótese de vedar ao Judiciário ajustar o rumo de políticas públicas insuficientes, contanto que assim se faça com cautela e sempre de modo excepcional.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é um princípio básico de um Estado de Direito, que na Constituição Federal de 1988 não só teve o seu conteúdo confirmado como também ampliado, não mais se admitindo qualquer lesão ou ameaça a direitos fundamentais, principalmente aqueles que se inserem como direitos de 1ª geração.

Por fim, faz-se necessário buscar um equilíbrio entre o que pode e o que não pode ser controlado judicialmente, embasado na realidade constitucional e nos direitos fundamentais. Alertando-se, sempre, que uma atuação mais pujante do Poder Judiciário no controle dos atos estatais não significa ser o Poder Judiciário o grande salvador de todos os males que afligem a Nação.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

_____. Superior Tribunal de Justiça. R Esp 429.570/GO. Relator Min. Eliana Calmon. Disponível em: < <http://ibdu.org.br/eficiente/repositorio/jurisprudencia/288.pdf>> Acesso em: 14/07/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> . Acesso em : 14/07/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 598212/ PR. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ai598212cm.pdf>> Acesso em: 14/07/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed., vol I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.222, p.97-116, out./dez. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. “*Relatividade*” da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros,.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo Malheiros,2003.