

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

JOÃO LUCAS NUNES DE MOURA

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE PELO PODER JUDICIÁRIO:
Invasão ao mérito ou controle de legalidade?**

CARUARU

2019

JOÃO LUCAS NUNES DE MOURA

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE PELO PODER JUDICIÁRIO:
Invasão ao mérito ou controle de legalidade?**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: **Taiza Maria Alves da Silva**.

CARUARU

2019

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Profa. Dra. Taíza Maria Alves da Silva

Primeiro (a) Avaliador (a): Prof.(a)

Segundo (a) Avaliador (a): Prof.(a)

RESUMO

O presente artigo trata de uma análise acerca da possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos, com ênfase em um ponto fundamental: configura-se como uma invasão ao mérito ou controle de legalidade. O estudo foi feito com base em pesquisas bibliográficas, fundamentando-se em doutrinas do ramo do direito administrativo, jurisprudências, normas constitucionais e demais leis vigentes e aplicáveis ao tema. Para melhor compreensão julgou-se necessário considerações sobre o ato administrativo, tratando de temas como os seus elementos e suas características, apontando algumas situações que a doutrina explica sobre os atos administrativos, oportunidade em que se fez a diferenciação entre atos vinculados e atos discricionários, fundamentais no desenvolvimento do artigo, além de outras classificações assinaladas pela doutrina administrativista. A pesquisa tratou da Tripartição dos Poderes, defendida pela maioria da doutrina, afinal, a Constituição Federal de 1988, legitima os Poderes do Estado, estes independentes e harmônicos entre si. O controle de mérito e o controle de legalidade foram objetos centrais do estudo, o que deu ensejo para tratarmos acerca da teoria dos motivos determinantes, teoria do desvio de poder ou de finalidade, assim como a teoria da juridicidade (legalidade). Na pesquisa foi feita alusão ao sistema de uno de jurisdição, adotado pela estrutura jurídica do Brasil. Assim, foi possível verificar se o mérito do ato discricionário será passível de invalidação e/ou anulação pelo Poder Judiciário, como também a pesquisa tornou viável, possibilitando o tratamento acerca da margem de liberdade e os limites impostos aos administradores no âmbito da discricionariedade, margem esta que não é considerada como omissão do legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Legalidade. Ato Administrativo. Controle. Judiciário. Tripartição dos Poderes.

ABSTRACT

This article consists in an analysis about the possibility of jurisdictional control in the discretionarity of the administrative acts, focusing in a fundamental point: it configures as an invasion to merit or control of legality. The study was done based in bibliographic researches, substantiating itself in administrative law doctrines, jurisprudence, constitutional norms and other concerning and applicable, relevant to the topic, laws. To better comprehension, administrative acts considerations deemed necessary, exploring topics such as its elements and its characteristics, pointing some situations where the doctrine explains over the administrative acts, opportunity in which the differentiation in linked acts and discretion acts was made, vitals in the article development, besides other classifications signed by the administrative doctrine. The research dealt with the tripartition of power, defended by the majority of the doctrine, after all, the Federal Constitution of 1988, legitimates the State Powers, these independents and harmonious between them. The control of merit and the control of legality were central study objects, which opportune in dealing with the determinant motives' theory, power deviation theory or finality theory as well as the legality theory. In the research, allusion was made to the single jurisdiction system, adopted by Brazil's juridical structure. This way it was possible to verify if the discretionarity act's merit would be liable to invalidation and/or annulment by the Judiciary Power, the research also made viable the treatment regarding the margin of liberty and the limits imposed in the administrators by the discretionarity' scope, this margin of liberty is not considered as legislator omission.

KEY-WORDS: Discretionarity. Legality. Administrative Act. Control. Judiciary. Power Tripartition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 ATO ADMINISTRATIVO	6
2.1 Atos Discricionários e Vinculados	10
3 PODER JUDICIÁRIO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	12
3.1 Controle de Mérito e de Legalidade	15
3.2 Controle Interno e Externo	18
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	19
REFERÊNCIAS.....	22

1. INTRODUÇÃO

Considerando a evolução histórica das instituições do Estado Moderno brasileiro é possível verificar pontos em que o sistema de separação dos Poderes¹ vem sendo cada vez mais alvo de questionamentos no que se refere à suposta interferência indevida de um poder sobre o outro, bem como, se os poderes são realmente autônomos e possuem força dentro das pertinências delegadas pela Carta Magna de 1988. Não se nega a importância que cada poder seja firme com suas atribuições, sem ultrapassar seus limites, tendo em vista que isso poderá ocasionar a supremacia de um dos Poderes sobre os outros, e, conseqüentemente, o enfraquecimento das demais instituições.

Assim, o presente estudo visa tratar do juízo de discricionariedade pelo Poder Judiciário - a fim de identificar se esta é uma possibilidade e, caso sim, como esta avaliação seria compreendida: se uma invasão ao mérito ou controle de legalidade. Portanto, para alcançar os objetivos do estudo, serão analisados os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública², com ênfase no exame de como a doutrina atual se posiciona em relação ao ato administrativo, sobretudo no que tange aos elementos característicos do ato discricionário.

Tratando da metodologia a ser usada no presente estudo será a pesquisa bibliográfica de maneira que iremos expor, interpretar e analisar publicações em livros, obras, artigos, pertinentes ao tema. Como parâmetros de sustentação do presente artigo serão analisados: a Constituição Federal, as leis específicas, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Além disto, será tratado sobre as formas de controle

¹ Ideia desenvolvida pelo filósofo francês Montesquieu em seu livro “O Livro Espírito das Leis” (1748), trazida expressamente na Constituição Federal Brasileira de 1988.

² O termo Administração Pública, para fins de uniformização, será utilizado neste trabalho com as iniciais maiúsculas. Todavia, quando se tratar de citação direta, será grafado de acordo com o texto original do autor. A doutrina divide a expressão em sentido objetivo e subjetivo. Ao tratar do tema José dos Santos Carvalho Filho (p. 11-12, 2018) leciona: “O sentido objetivo, pois, da expressão – que aqui deve ser grafada com iniciais minúsculas – deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a *função administrativa*, com os lineamentos que procuramos registrar anteriormente [...] A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o *sujeito* da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar esse sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública.”

internos e externos de fiscalização, por estes serem limitadores da Administração Pública.

O ato administrativo é a forma com que a Administração Pública, através de seus agentes e com base na teoria do órgão³, exterioriza sua vontade. Esta última pode ser manifestada através de diversas classificações feitas pela doutrina administrativista, dentre as quais nos deteremos de maneira mais aprofundada na seção pertinente ao tema.

No tocante ao grau de liberdade do ato administrativo, que também será analisado adiante, é possível identificar a existência da discricionariedade e da vinculação. A discricionariedade é acompanhada do chamado “mérito do ato” que é aquele formado pela conveniência e oportunidade. Ambos, são elementos que devem ser levados em consideração para prática de atos permitidos pela legislação, sempre observando o bem do interesse público.

A relevância jurídica pode ser observada ao considerar o momento histórico vivido no Brasil, pois até mesmo a discricionariedade é prevista em lei, de maneira que a norma deixa margem para o administrador tomar decisões de acordo com os elementos do mérito – anteriormente explanados. A eficiência e o interesse público dos atos praticados pelo administrador deverão ser observados, caso contrário, será um ato arbitrário, conseqüentemente, passível de controle judicial.

A discussão sobre a liberdade do administrador público, desde que obedecidos os limites legais, é um tema bastante abordado pela doutrina. Sendo assim, levando em consideração as divergências doutrinárias, será viável analisar se o controle judicial sobre a discricionariedade administrativa seria uma afronta ao mérito do administrador ou controle da legalidade.

2. ATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente faremos a distinção entre atos administrativos e atos da administração, pois estes não devem ser confundidos. Nesse sentido Maria Sylvia

³ Matheus Carvalho (p. 169, 2017) “[...] a manifestação de vontade da pessoa jurídica se dá por meio da atuação da pessoa física e essas vontades se confundem, ou seja, a vontade do Estado se exterioriza pela manifestação de seu agente. [...] a lei cria órgãos públicos, compostos por pessoas físicas que manifestam a vontade do Estado em sua atuação e, nestes casos, se torna indissociável a vontade do órgão e da pessoa jurídica que ele integra. Não se trata de uma manifestação de vontade representando a vontade estatal, mas sim a própria vontade estatal exteriorizada por aquele agente.”

Zanella Di Pietro (2013, p.198) ensina “[...] que **todo ato praticado o exercício da função administrativa é ato da administração.**” (grifo da autora). Ou seja, os atos administrativos estão contidos nos atos da administração, desde que estes sejam praticados na função administrativa. Podemos compreender que ato administrativo seria uma espécie e atos da administração seria gênero.

Cabe, ainda, a distinção entre ato e fato jurídico que Matheus Carvalho (2017, p. 250) define o ato como a manifestação da vontade e o fato como o acontecimento. Assim, quando estes interferirem na estrutura do Direito Administrativo, seguindo entendimento doutrinário, estaremos diante de um ato administrativo, que, por sua vez, será regulamentado pelas normas de Direito Público.

Para melhor compreender o tema abordado, é relevante entender o que a doutrina em geral discorre sobre os atos administrativos. De acordo com Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2017, p. 408):

O ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público.

Como se pode compreender, o ato administrativo tem peculiaridades próprias para que seja entendido com tal, como aduz Fernanda Marinela (2016, p. 360):

Na tentativa de melhor definir esses atos, é possível a fixação de alguns **pontos fundamentais**, tais como: a *vontade*, que deve necessariamente emanar de um agente público no exercício de sua função administrativa, o que o distingue do particular; seu *conteúdo*, que deve propiciar efeitos jurídicos sempre com um fim público; e, por fim, o *regime*, que deve ser de direito público.

Diante dos conceitos aludidos, fica claro que o ato administrativo apenas poderá ser praticado por agentes públicos no exercício da função, ou a quem seja delegada esta obrigação, este com o dever de seguir o regime de Direito Público sempre visando o interesse público.

Passemos então a tratar dos elementos do ato administrativo, previstos no artigo 2º, da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular. Esta previsão legal aduz que “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior [...]”. No entanto, o artigo fala de incompetência, vício

de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade, e a caracterização de algum destes vícios farão com que os atos sejam nulos. Sendo assim, é possível verificar que os elementos dos atos administrativos classificados pela doutrina são: competência, forma, objeto, motivo, e, por fim, a finalidade.

Oportuno mencionar que na perspectiva doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 211) classifica como:

[...] **essenciais** e **acidentais** ou **acessórios**; os primeiros são necessários à validade do ato e compreendem os cinco elementos já indicados; os segundos são os que ampliam ou restringem os efeitos jurídicos do ato e compreendem o **termo**, a **condição**, o **modo** ou **encargo**. Os elementos acidentais referem-se ao objeto do ato e só podem existir nos atos discricionários, por que decorrem da vontade das partes.

Assim, observa-se que os elementos positivados na Lei de Ação Popular são considerados essenciais e dizem respeito a validade dos atos. Quanto aos *acidentais* ou *acessórios* (termo, condição e modo ou encargo) são indicados como elementos que poderão delimitar e dilatar os efeitos jurídicos dos atos. Conforme indicado estes apenas serão observados nos atos discricionários e só dizem respeito ao objeto.

Importante considerar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 396) no que concerne aos elementos dos atos administrativos, O autor desenvolve a ideia de que existem elementos conflitantes com o ato, pois estes elementos não são entendidos como parte do ato, pois são estranhos a ele, como por exemplo o motivo e a finalidade.

Assim, de acordo com ensinamento do autor, é possível entender que o motivo não faz parte dos elementos ao considerar que este não é parte do ato. Isto ocorre pelo fato que o motivo é algo que o agente, competente para praticar o ato, só pratica caso tenha motivos para tal e a finalidade, aqui também considerada extrínseca, trata do que o ato praticado visa alcançar, mas ambos não fazem parte do ato, são alheios e conseqüentemente não considerados como elementos do ato administrativo.

Celso de Mello (2012, p. 396) ainda separa “os elementos do ato e os pressupostos do ato.” Os pressupostos ele subdivide em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Contemple-se o entendimento de Fernanda Marinela (2016, p. 386) sobre os pressupostos lecionados:

Os pressupostos de existência são condições para que o ato administrativo se concretize; caso contrário, tem-se somente um ato jurídico que não atinge a órbita do Direito Administrativo. E, por fim, os pressupostos de validade são exigências para que o ato administrativo seja válido, devendo obedecer aos requisitos legais sob pena de ser retirado do ordenamento jurídico pelo instituto da invalidação.

Refletindo sobre as citações retro, podemos observar que o ato administrativo será caracterizado caso exista os pressupostos de existência, pois estes se tornam fundamentais para o ato administrativo. Em contrapartida, pressupostos de validade são requisitos para validação do ato, já os elementos são inerentes a todos os atos jurídicos, sejam estes administrativos ou não.

É interessante que seja feita distinção dos elementos do ato entre aqueles que serão sempre vinculados e aqueles que possuem aspectos discricionários. Os vinculados são: finalidade, forma e competência. Já os que podem ser considerados discricionários são: o objeto e motivo.

Passando a tratar das características do ato administrativo podemos observar que, para maior parte da doutrina, existem três características, quais sejam: *presunção de legitimidade* e de *veracidade*; *imperatividade*; e, *autoexecutoriedade*.

Di Pietro (2012, p. 209) diferentemente de outros doutrinadores, classifica um quarto atributo, que é a tipicidade. Este como um atributo no qual a Administração ao praticar um ato se vincule a legislação prévia. Segundo a autora “trata-se de decorrência do Princípio da Legalidade [...]”.

Tratando da *presunção de legitimidade e de veracidade*, na visão de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2014, p. 283), por diversos motivos, como “sujeição dos agentes públicos ao princípio da legalidade”, deve-se levar em consideração para que os atos administrativos trazem uma carga de *presunção de veracidade* até que seja provado o contrário. Nesse sentido o autor explica que “os principais efeitos da *presunção de legitimidade e de veracidade* são a *autoexecutoriedade* dos atos administrativos e a inversão do ônus da prova.”

Assim falaremos da *autoexecutoriedade* que, com a *presunção* anteriormente mencionada, vai dar a oportunidade para que a Administração logo após pratica do ato, possa executar e alcançar o seu objetivo. De acordo com Carvalho Filho (2018, p. 128) o fundamento desta característica do ato administrativo é “salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário”.

O autor ressalva que existem situações em que a Administração deverá recorrer ao Judiciário, ele cita como exemplo uma possível desapropriação, momento em que deverá se dar pela via judicial. A *imperatividade* faz com que os atos administrativos sejam considerados ordens que devem ser seguidas pelos administrados. A Administração, sempre visando o interesse público e dentro da legalidade, poderá pautar-se desta característica para se impor perante a sociedade.

Isto posto, é importante adentrar na análise quanto ao grau de liberdade, os chamados atos discricionários e vinculados. Estes serão importantes para que seja possível a elaboração e melhor compreensão deste artigo.

2.1 Atos Discricionários e Vinculados

Nos atos discricionários, que têm conjectura na própria lei, o legislador, por não conseguir prever todas as situações possíveis, deixa certa liberdade para o administrador atuar de acordo com a conveniência e oportunidade, o mérito do ato. O agente poderá fazer juízo de valor para decidir qual ato será praticado, pois, como indica Fernanda Marinela (2016, p. 383) “[...] a lei prevê mais de um comportamento possível [...]”. Já segundo José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 109):

[...] não deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do judiciário. (Grifo nosso).

Ao verificar os posicionamentos doutrinários mencionados retornemos aos elementos do ato administrativo. Os administrativistas entendem que a discricionariedade e a vinculação podem referir-se aos elementos do ato de maneira que: o sujeito, a finalidade e a forma, deverão ser sempre elementos com características vinculadas, enquanto que os demais – motivo e conteúdo – poderão conter discricionariedade. Além disto, tais elementos poderão ser considerados vinculados, a depender do caso concreto.

Observamos que na hipótese em que o administrador atuar sem considerar o mérito administrativo e os elementos necessários a este, ele estará agindo de forma arbitrária, ou seja, contrariando a norma. A justificativa doutrinária em favor da

existência da discricionariedade para Di Pietro (2013, p. 221), consiste em que o administrador que atue podendo atender as diversas demandas coletivas que surgem, devendo, a Administração, tomar as iniciativas em prol da sociedade. A autora fala em “**evitar o automatismo**”, com isto, o administrador poderá ter flexibilidade nas suas decisões.

Para adentrar no ato vinculado, note-se a lição Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 224):

A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da administração com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência. Por isto se diz que o ato vinculado é analisado sob aspecto da **legalidade** e do **mérito**: o primeiro diz respeito a conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

Assim, verifica-se que quando o legislador dá liberdade para atuação do administrador, este ainda assim precisa obrigatoriamente seguir o que foi estabelecido nas normas. Caso ocorra ato contrário à norma este será considerado ilegal e o Judiciário poderá atuar, considerando que é competência do Judiciário garantir o cumprimento do ordenamento jurídico.

No ato vinculado a lei não deixou opções para o administrador fazer juízo de valor, de acordo com conveniência e oportunidade, este apenas deverá cumprir as determinações legais. Nesse sentido, Fernanda Marinela (2016, p. 382) pontifica acerca dos atos vinculados:

Os **atos vinculados** ou regrados são aqueles que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente por que a lei não lhe deixou opções. Ela estabelece os requisitos para prática do ato, sem dar ao administrador liberdade de optar por outra forma de agir. Por isso, diante do poder vinculado surge para o administrado o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de ato, ou seja, preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a conceder o que foi requerido.

Fernanda Marinela (2016, p. 383) destaca, ainda, que essa “limitação legal não significa que o administrador se converta em cego ou automático executor da lei”, pois, segundo a autora, “há sempre um pouco de liberdade, embora se trate somente de liberdade temporal, estando o administrador autorizado a praticar o ato dentro do

prazo legal, seja no primeiro ou no último dia.” Porém, é possível entender que nesta situação o administrador estaria atuando discricionariamente (para escolher se atuaria no primeiro ou no último dia do prazo legal), mesmo a autora tenha explanado que “não há que se falar em absoluta vinculação”.

Assim, Fernanda Marinela corrobora um entendimento presente também na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao discorrer sobre a importância de “evitar o automatismo”, e este é um dos fatores, dentre os quais a doutrina compreende que trará consequências negativas para a sociedade coletiva.

3. PODER JUDICIÁRIO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Brasil adota um sistema uno de jurisdição, ou seja, cabe ao Judiciário definir, conforme evidente na Carta Magna, Art. 5º, inciso XXXV, que diz “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O texto constitucional é autoexplicativo e define a ideia de jurisdição uma adotado pelo sistema jurídico brasileiro. É possível que existam decisões administrativas e extrajudiciais, mas estas poderão ser apreciadas e/ou revistas pelo Judiciário, desde que provocado pelas partes envolvidas que se sintam lesadas com a referida decisão.

A Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso II, que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ao analisar este artigo é cabível a interpretação de que o particular poderá fazer tudo que a lei não proíbe, porém à Administração Pública, seja esta direta ou indireta, somente fará o que a lei autorizar, caso contrário estará indo contra as normas constitucionais, especificamente, não se atendo a um dos princípios basilares da Administração Pública, que é o da legalidade.

Vejamos o que o constituinte originário legislou no *caput* do Art. 37, CFRB/1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Desse modo, cabe a Administração Pública seguir rigorosamente as normas e princípios norteadores. Neste sentido, Seabra Fagundes (1979, p. 4-5), em frase lapidar, para demonstrar a legalidade na qual a Administração está apegada define que “Administrar é aplicar a lei, de ofício”.

Assim, vejamos o que Celso Antônio Bandeira de Melo (2015, p.124) nos mostra ao explicar um princípio implícito por ele considerado, o Princípio do controle judicial dos atos administrativos:

É o Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

Diante do exposto, verifica-se que o Judiciário tem legitimidade de resolver terminantemente litígios, anulando atos ilegais e condenando aqueles que não atuam dentro da legalidade a penas pertinentes ao caso concreto, sempre respeitando o contraditório e a ampla defesa. A decisão judicial faz coisa julgada, tem caráter definitivo, diferentemente das demandas não apreciadas pelo Judiciário.

O Poder Judiciário é legitimado para resolver terminantemente os litígios, a Administração Pública não é isenta deste controle. Celso de Mello (2015, p. 1003) leciona que a existência das normas autoriza as condutas administrativas, e estas, se tornam subordinadas ao ordenamento vigente. Não há que se falar em inobservância das normas por parte da Administração, em complemento Celso de Mello ensina que “[...] não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas[...]”, e, assim, “[...] a última palavra só pode ser do Judiciário.”

Vejamos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre controle de atos discricionários, no Recurso Especial nº 1.676.544 - SP (2017/0121534-7) conforme relatoria do Ministro Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOLÓGICO. FUNDAMENTO SUFICIENTE NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. [...] Em inúmeros julgados, o Superior Tribunal de Justiça afirma que **não cabe ao Judiciário interferir em atos discricionários da Administração Pública**. Ademais, os atos discricionários, por sua vez, possuem certa liberdade de escolha. Assim, o agente público ao

praticar um ato discricionário possui certa liberdade dentro dos limites da lei, quanto à valoração dos motivos e à escolha do objeto, segundo os seus critérios de oportunidade e conveniência administrativas. Como dito acima, ao **Poder Judiciário cabe à fiscalização do controle jurisdicional dos atos administrativos restringindo-se apenas a observância aos princípios Constitucionais**. Desta forma, o valor conferido a um ou outro aspecto da avaliação psicológica não pode ser analisado ou modificado pelo Poder Judiciário, que apenas pode observar a legalidade do ato administrativo, que, no caso, se apresenta legítimo e legal. Assim, estabelecidos critérios de avaliação pelo edital de abertura do concurso, a apreciação da qualidade dos referidos critérios para a habilitação de candidatos não pode ser objeto de discussão no presente mandado de segurança. Ora, se não há qualquer ilegalidade patente no ato administrativo atacado, a improcedência da ação é a regra. (Grifo nosso)

Conforme observado no voto do relator Ministro Herman Benjamin, fica evidente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando estabelece que não cabe ao Judiciário analisar atos discricionários se não houver nenhuma ilegalidade neste, mas sim a observância dos princípios constitucionais por parte do Poder Judiciário.

Para que ocorra o controle judicial dos atos, ainda que praticados em caráter discricionários, é necessária a verificação dos motivos, da causa do ato e, por fim, da finalidade. Nesse sentido, ponderemos o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 56):

No que se refere aos atos discricionários [...]. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com objeto dissonante do motivo etc.

O autor indica que apenas é suscetível de controle judicial quando os elementos do ato discricionário forem vinculados que serão aqueles que o agente não tem liberdade, conforme já lecionado. Hely Lopes Meirelles (2014, p. 136) considera um erro tratar o ato discricionário como imune de controle judicial, e indica que o Judiciário não pode é fazer as vezes do administrador, mas pode combater abusos.

Observemos o que Juarez Freitas (2004) versa:

são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos

para usurpar as suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes

As explanações contidas acima, demonstram uma visão preocupada com impunidade por excessos e desvios de poder, pela facilidade que os agentes têm em encontrar justificativas para prática dos atos discricionários, com isto o autor preocupa-se, além do já citado, com o interesse público, e assim defende que os atos administrativos discricionários devem mais do que nunca ser controlados.

É possível compreender que Juarez Freitas, em sua obra “o controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais”, e com base na citação retro não defende uma hegemonia do Judiciário sobre o Executivo, mas leciona que é de grande valia um controle mais rigoroso sobre os atos administrativos discricionários objetivando coibir prejuízos a sociedade. O controle feito através do Judiciário para com a Administração Pública é considerando um controle externo e não um controle interno – distinção que será mais aprofundada em momento oportuno.⁴

Imperioso aludir que o Judiciário só poderá exercer suas atribuições de controle caso seja provocado, em respeito a diversos princípios norteadores do ordenamento brasileiro, mais precisamente, ao princípio constitucional da inércia processual ou de jurisdição, este, assim como previsão do Código de Processo Civil de 2015 que diz em seu artigo 2º “ processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”, proíbe que o Judiciário atue sem provocação das partes competentes e legítimas para propor qualquer ação judicial.

3.1 Controle de Mérito e de Legalidade

Para tratarmos acerca do controle de mérito, observe-se o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 782):

É todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado. Daí por que esse controle compete normalmente à Administração, e, em casos excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo (CF, art. 49, IX e X), mas nunca ao Judiciário.

⁴ Sessão 3.2 Controle interno e externo, deste artigo.

Considerando a explanação entende-se que o mérito só será passível de controle pela própria Administração e pelo Legislativo, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Ao longo dos anos, com o abandono da ideia de imunidade judicial, conforme ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 280), começam a surgir teorias para validar e esclarecer o controle jurisdicional sobre a atuação do Estado. As teorias aludidas na doutrina de Rafael Carvalho, são: a *teoria dos motivos determinantes*, *teoria do desvio de poder* ou *desvio de finalidade* e *teoria dos princípios jurídicos*.

Vejamos o que José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 122), ensina, acerca da *teoria dos motivos determinantes*:

[...] a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

Neste sentido Hely Lopes Meirelles (1993, p. 181) instrui que “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”

Diante o exposto, os autores ilustram que os motivos que servem de justificativa para que o administrador pratique certos atos de forma discricionária devem sempre ser compatíveis com a realidade e que caso inexista compatibilidade do motivo com a realidade fática o ato poderá ser invalidado. É importante a compreensão de que o ato administrativo para ser válido depende da relação entre os motivos do ato e a concretude dos fatos causadores do deste. O motivo vincula o ato, ou seja, não cabe ao agente praticar um ato com justificativa fictícia, este é passível de controle judicial, ainda que praticado sob amparo da discricionariedade.

A *teoria do desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, também usada pela doutrina para justificar controle jurisdicional sobre atos discricionários, fixa limites a atividade discricionária. A administrativista Maria Zylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 226) esclarece sobre esta teoria e diz que “ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou.”

Neste sentido, caso o agente atue de forma discricionária com objetivo de atingir finalidade que não seja compatível com o interesse público ou fixada pela

norma, o ato será considerado como desvio de poder e/ou finalidade, assim, estes atos também se tornam objeto de controle judicial.

Por fim, e não menos importante, notemos a *teoria dos princípios jurídicos e o controle de juridicidade* (legalidade), seguindo ensinamentos de Rafael Rezende (2014, p. 281-282), compreende-se que os atos administrativos devem ser praticados em consonância com os princípios já consagrados no ordenamento brasileiro, não admitindo apenas a vinculação as normas prefixadas.

Observe-se o que o autor educa sobre este princípio (2014, p. 282):

A juridicidade, como vê, amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo poder Judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque importaria em inadmissível violação ao princípio da separação de poderes, mas para **garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo à violação**, por via transversa, da ordem jurídica pelo administrador. (Grifo nosso)

Esta teoria tenta dificultar atuações condenáveis, baseadas na discricionariedade, oportunizando ao Poder Judiciário, através de quem seja competente no julgamento, para que sejam usados na fundamentação das decisões os princípios explícitos e implícitos regentes da Administração Pública não atendo-se apenas a lei, como por exemplo o uso dos princípios da moralidade, razoabilidade e eficiência.

A interpretação dos princípios pode ser considerada subjetiva, porém fundamentar as decisões com princípios aplicáveis a cada caso concreto é de grande valia, uma vez que nem sempre os magistrados conseguem fundamentar suas decisões com base nas normas positivadas. São inúmeras as vezes em que os magistrados e os órgãos colegiados recorrem aos princípios conhecidos pela doutrina e jurisprudência brasileira para fundamentar suas decisões.

Juntamente com o controle de mérito, trataremos do controle de legalidade, este de suma importância, considerando que a Administração Pública é pautada pelo Princípio da Legalidade, podemos considerar que esta será objeto de controle quando infringir a norma, ficando a Administração Pública proibida de praticar qualquer ato sem lei previamente e devidamente posta no ordenamento para regulamenta-la. Quanto ao controle de legalidade, a doutrina não diverge no que tange a possibilidade

de controle judicial, tendo em vista que cabe ao Judiciário resolver terminantemente litígios e condutas contrárias as normas vigentes.

Vejamos o Art. 150, inciso I, da CFRB de 1988: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo **sem lei que o estabeleça;**” (grifo nosso). Com o dispositivo Constitucional, agente que praticar qualquer ato que não esteja positivado, ou contrário a preceitos fundamentais estará suscetível a controle de legalidade, praticado pelo Judiciário, que deverá ser provocado para exercer o controle.

3.2 Controle Interno e Externo

Uma das classificações feitas pela doutrina quanto ao controle é o interno e externo, assim, veremos a definição destes segundo obra de Marçal Justen Filho (2014, p. 1204):

O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto.

É possível compreender que o controle interno é aquele exercido pela Administração, direta ou indireta, através de órgãos instituídos dentro do próprio Ente, como por exemplo, em âmbito municipal, as Controladorias e Procuradorias municipais, que tem a responsabilidade de fiscalizar e orientar atos praticados pelos gestores municipais.

O controle interno da atividade administrativa deve ser exercido de ofício, sem que seja necessária provocação das partes, devendo ainda seguir o devido processo legal e não se sujeitando a arbitrariedades. A definição de controle externo ensinada por Marçal Justen Filho (2014, p. 1210):

O controle externo é o dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa promovendo as medidas necessárias para tanto.

O externo é exercido por órgãos diferentes da estrutura do Poder que praticou o controle, citando como exemplo, o judicial, e o legislativo ou parlamentar direto e o Tribunal de Contas, estes exercidos sobre outro Poder alheio ao fiscalizador. A previsão constitucional do controle externo torna inadmissível que este seja exercido sem previsão de lei que o crie e o discipline, o fato de estar previsto na Carta Magna por si só não o legitima, em respeito a Separação dos Poderes.

Notemos o que Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 963) aduz sobre os controles por hora tratados:

A administração pública Direta ou Indireta, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios a administração.

Assim, é possível compreender que, além da Administração Direta, fica passível de controle à Administração Indireta. Os controles internos e externos têm em comum a busca pelo bem da sociedade, eles visam aperfeiçoar, prevenir e combater práticas arbitrárias dos Poderes, dos órgãos e seus agentes.

O controle pode ainda, segundo ensinamento de Fabio Konder Comparato, aludido na obra de Marçal Justen Filho (2014, p. 1198), ser subdividido em controle-fiscalização que seria aquele com objetivo de fiscalizar a atuação da Administração, um exemplo a ser citado deste controle seria o Tribunal de Contas da União, considerado forma de controle externo. O Tribunal de Contas da União também pode figurar no controle-orientação, cuja atribuição é orientar a Administração para que sejam tomadas as medidas pertinentes para que os atos sejam praticados em conformidade com a lei.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que o estudo apresentado neste artigo está longe de ser exaurido, mas com a metodologia proposta podemos compreender que os objetivos específicos puderam ser alcançados e conseqüentemente pode-se chegar ao objetivo geral, que foi discorrer sobre a análise da discricionariedade pelo Poder Judiciário.

Nos posicionamos com o entendimento de que a separação dos poderes deve ser respeitada. A Constituição Federal prevê a separação e esta é essencial para o

Estado Democrático de Direito, assim como o bom funcionamento dos serviços Públicos ofertados aos cidadãos. O sentimento de impotência da sociedade para com a Administração Pública tem crescido de forma volumosa. Assim entendemos que os agentes públicos, em nome do bem comum devem seguir estritamente as normas vigentes, sem margem para atuações arbitrárias e cabe ao Poder Judiciário fazer valer o ordenamento jurídico.

A análise da discricionariedade pelo Judiciário, ao nosso entender, e, em harmonia com parte da doutrina apreciada, deve ser feito de maneira até mais fervorosa do que já ocorre. O sistema de freios e contrapesos tem como um dos seus fundamentos que nenhum dos Poderes seja supremo e/ou superior em relação aos outros Poderes, todos devem estar em situação de igualdade e sujeitos a fiscalização de seus atos.

Considerando isto, os agentes que praticarem atos, seja dentro ou fora dos limites estabelecidos pela norma, devem ser controlados pela população ou por órgãos e Poderes legitimados, sempre através dos meios previstos no ordenamento. Não podemos admitir que os administradores públicos, sob justificativas infundadas e arbitrárias, usando a discricionariedade como fundamento, pratiquem atos em benefício próprio, causando prejuízo a sociedade.

O sistema brasileiro, ao nosso entender, deve criar mecanismos independentes, ainda mais eficientes e eficazes dos já existentes, dentro da própria Administração Pública, sem que estes sofram qualquer tipo de coerção e/ou interferência por parte de superiores e agentes que pratiquem atos ilícitos e possam vir a ser prejudicados pela maior autonomia e novos mecanismos de controle. Assim poderemos praticar o controle de mérito de forma eficiente e eficaz.

A partir das teorias demonstradas no desenvolvimento do presente estudo, seguimos o entendimento que o Judiciário não deverá fazer as vezes do Administrador, mas sim fazer com que este cumpra a legislação para que não seja possível atuação incompatível com a que o Administrador está vinculado.

O ato administrativo discricionário é dotado de legalidade. Como vimos, a discricionariedade não é ausência de lei, ela é prevista na lei, com limites impostos para atuação dos agentes. Sendo assim, entendemos que a análise da discricionariedade pelo Poder Judiciário, é um controle de legalidade, o mérito está fora do alcance da análise do Judiciário. A análise de conveniência e oportunidade é

própria do Administrador Público, é ele quem tem maior autonomia para entender as necessidades da sociedade.

Aqui, prezamos pelo investimento nas instituições de fiscalização, a exemplo dos Tribunais de Contas e Ministério Público, entre outros, assim como na educação da sociedade, isso será de grande importância, considerando que o Judiciário apenas irá agir após provocação.

Sendo assim, investir em órgãos internos e externos de controle é essencial para que o Judiciário possa atuar e punir atos ilícitos. Educaremos para que novas gerações que venham a exercer cargos públicos possam gerir as instituições públicas, com a finalidade pertinente a cada uma delas, dando a importância que elas têm e buscando sempre alcançar eficiência em todos os serviços ofertados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045>. Acesso em: 31 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Lei da Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.676.544 - SP (2017/0121534-7). Recorrente: Jean Carlos Delfino Pereira. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 26 de setembro de 2017. **Revisa Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701215347&dt_publicacao=10/10/2017>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2014

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **O Espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Marfins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.